

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

Forum mondial sur la concurrence

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DANS LES ENQUÊTES SUR LES CONCENTRATIONS – Note
de référence de Mme Jill Walker**

7-10 décembre 2020

Le présent document a été élaboré par Mme Jill Walker et servira de référence lors de la session III du 19^{ème} Forum mondial sur la concurrence du 9 décembre 2020.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel du Tribunal australien de la concurrence, de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante : oe.cd/enquete.

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. James MANCINI.
[James.MANCINI@oecd.org].

JT03470081

L'analyse économique dans les enquêtes sur les concentrations

Note de référence de M^{me} Jill Walker*

L'analyse économique est essentielle à la pratique d'un contrôle efficace des fusions. Elle offre le cadre nécessaire à une analyse plus globale de la concurrence et des effets probables des fusions sur le bien-être. Le contrôle des fusions est une spécificité du droit de la concurrence au sens qu'il constitue principalement un exercice prospectif axé sur la prévention des effets négatifs potentiels sur la concurrence. En termes d'analyse économique (et juridique), cela pose des difficultés particulières, et notamment la nécessité de recueillir des éléments d'appréciation permettant de formuler des attentes sur les probables effets à venir, malgré le peu de certitudes qui existent en matière de contrôle des fusions.

Le cadre économique de l'analyse des fusions constitue une base sur laquelle centrer les éléments quantitatifs et qualitatifs et l'analyse des données, des documents et des témoignages, de sorte à obtenir une représentation intégrée de la manière dont la concurrence et l'efficacité peuvent être affectées par une fusion. Les économistes ont par conséquent un rôle à jouer en incluant dans leurs analyses tous les types d'informations pertinents au contrôle d'une fusion. La nature des analyses possibles pour chaque contrôle de fusion dépendra des informations auxquelles les autorités de la concurrence auront accès et du temps et des ressources disponibles. Le simple fait qu'un travail d'analyse particulier puisse être réalisé n'emporte toutefois pas présomption qu'il constituera un bon usage des ressources. Une fois qu'une autorité de la concurrence a acquis une compréhension satisfaisante du fonctionnement de la concurrence (ou de ses dysfonctionnements) sur un marché spécifique, les économistes peuvent aider à identifier les principaux filtres ou éléments d'information permettant une validation relativement rapide des fusions, et ce, sans qu'il soit nécessaire de réaliser d'analyse plus détaillée et approfondie. Lorsque ce type d'analyse est nécessaire, l'éventail de possibilités reste toutefois limité. Différentes techniques quantitatives plus ou moins complexes (de l'analyse de la perte critique à la simulation de fusion) peuvent être utilisées si elles présentent un réel intérêt et que les données pertinentes peuvent être accessibles en temps voulu. Les techniques quantitatives permettent d'instaurer une certaine structure dans les analyses et de limiter les approches aléatoires, mais elles peuvent aussi donner une fausse impression de précision. À elle seule, une analyse quantitative ne suffira ainsi jamais. Elle devra en effet être intégrée de manière cohérente à une analyse des preuves documentaires et des preuves par témoins. Déjà essentiels au processus de contrôle des fusions, les économistes ont également un rôle majeur à jouer dans l'analyse des mesures correctrices proposées et dans le contrôle ex post des fusions.

* L'auteur est membre du Tribunal australien de la concurrence et ancien commissaire à la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (*Australian Competition and Consumer Commission* ou ACCC) et à la Commission néo-zélandaise du commerce (*New Zealand Commerce Commission* ou NZCC). Les opinions exprimées dans le présent document ne reflètent pas nécessairement celles du Tribunal, de l'ACCC et de la NZCC.

Dans la mesure du possible, les économistes devraient être intégrés aux autorités de tutelle, afin qu'ils puissent participer étroitement à toutes les analyses nécessaires, au même titre que les juristes et les agents chargés des enquêtes, mais aussi tirer profit d'une supervision et d'un appui professionnels. Cela exige des autorités de la concurrence qu'elles favorisent une solide coopération à la fois horizontale et verticale. Pour de nombreuses autorités de la concurrence, les ressources financières internes restent limitées et le coût que représente le recours à des économistes extérieurs restreint de fait ce type de collaboration. Il est donc important de tirer le meilleur parti des économistes extérieurs engagés par les parties à la fusion (ou autres acteurs). Plusieurs autorités de la concurrence ont d'ailleurs déjà publié des recommandations destinées à appuyer le travail de ces économistes. Le choix des économistes appelés à intervenir au tribunal est également particulièrement important dans la mesure où l'une des principales compétences nécessaires est la communication. Les économistes experts judiciaires doivent en effet être capables de décrire à un juge les aspects économiques d'une fusion d'une manière qui sera pertinente sur la base des critères légaux qui s'appliquent dans le pays concerné.

Table des matières

L'analyse économique dans les enquêtes sur les concentrations	2
1. Introduction	6
2. Cadre économique de l'analyse des fusions	7
2.1. Pouvoir de marché et concurrence.....	7
2.1.1. Définition du marché	8
2.1.2. Concentration des marchés	9
2.1.3. Concurrence à l'importation.....	10
2.1.4. Obstacles à l'entrée.....	10
2.1.5. Pouvoir compensateur	11
2.1.6. Observations finales sur le pouvoir de marché	11
2.2. Cadre du bien-être	12
2.3. Incidence des fusions sur la concurrence.....	15
2.3.1. Effets unilatéraux.....	17
2.3.2. Effets coordonnés	18
2.3.3. Effets verticaux.....	19
2.3.4. Effets congloméraux.....	21
2.3.5. Acquisitions partielles	22
3. Analyse économique des fusions.....	24
3.1. Analyse quantitative	24
3.1.1. Données	25
3.1.2. Techniques quantitatives diverses	28
3.2. Preuves qualitatives	52
3.2.1. Demandes de documentation et d'informations	53
3.2.2. Entretiens	54
3.3. Assembler les pièces du puzzle	56
3.4. Évaluation des mesures correctrices	57
3.5. Évaluation <i>ex post</i> des fusions.....	59
4. Participation des économistes et organisation	61
4.1. Recours aux économistes et organisation de leur participation aux travaux des autorités de la concurrence	61
4.2. Économistes mandatés par les parties à la fusion et autres parties	62
4.3. Économistes intervenant au tribunal.....	63
Références	66
Notes	72

Graphiques

Graphique 1. Modèle d'arbitrage de Williamson avec prix avant fusion à Pc	13
Graphique 2. Modèle d'arbitrage de Williamson avec prix avant fusion supérieurs à Pc	14
Graphique 3. Arithmétique verticale appliquée préalablement à une fusion	47
Graphique 4. Arithmétique verticale appliquée postérieurement à une fusion	48

Encadrés

Encadré 1. Limitation ou protection de la concurrence entre supermarchés en Nouvelle-Zélande et en Australie	16
Encadré 2. Trade Me Limited et Limelight Software Limited 2018	20
Encadré 3. Examen des participations partielles Idemitsu/Showa Shell et JX/Tonen General par la JFTC (2016)	23
Encadré 4. Examen de la fusion The Original Bowling Company Ltd / Bowlplex Ltd par la CMA (2015)	27
Encadré 5. Utilisation de statistiques descriptives dans des affaires ciblant des effets unilatéraux et coordonnés	29
Encadré 6. Analyse de la perte critique réalisée par la KFTC pour la fusion Hite/Jinro fusion (2006)	33

Encadré 7. Analyse GUPPI réalisée par la JFTC à l’occasion de la fusion FamilyMart/UNY (2015)	37
Encadré 8. Indices GUPPI et HIP dans l’examen de la fusion Manzotin/Simmenthal par l’AGCM (2012)	39
Encadré 9. Expérience en situation réelle relative aux modalités de facturation de services de pathologie	41
Encadré 10. Analyse prix-concentration dans la fusion Staples / Office Depot	42
Encadré 11. Analyse prix-concentration dans la fusion Ryanair / Aer Lingus	43
Encadré 12. Analyse qualité-concentration dans la fusion Cinemundo/CineHoyts (2012)	45
Encadré 13. Analyse des appels d’offres dans l’examen de la fusion GE/Alstom par la Commission européenne (2015)	46
Encadré 14. Utilisation de l’indice vGUPPI par la FNE dans l’examen de la fusion Santander/Servipag (2018)	49
Encadré 15. Analyse économique dans l’évaluation des mesures correctrices par le CADE	57
Encadré 16. Effet des fusions sur les marchés de recherche : exemple du secteur hypothécaire canadien	60

1. Introduction

1. Le droit de la concurrence s'intègre dans le droit économique, s'appuyant sur un cadre d'analyse qui permet de dire, en l'absence de défaillances du marché, que les marchés ouverts à la concurrence ont tendance à générer des résultats efficaces. L'analyse économique fait donc partie intégrante du contrôle des fusions. Elle sous-tend les théories du préjudice qui orientent les examens des fusions et fournit les outils nécessaires pour interpréter les faits au moment de l'évaluation de ces théories.

2. Le critère légal requis pour l'interdiction de fusions anticoncurrentielles varie d'une juridiction à l'autre, selon qu'une fusion est constitutive d'une « diminution significative de la concurrence », d'une « entrave significative à une concurrence effective » ou encore d'une « position dominante ». Toutefois, quel que soit le régime de concurrence, il convient de déterminer si une fusion limite la concurrence ou augmente le pouvoir de marché.

3. Même si toutes les fusions (horizontales) auront des incidences sur la concurrence, elles peuvent également engendrer des gains d'efficacité sous la forme d'une augmentation de la production, d'une baisse des coûts de transaction ou d'une stimulation des activités de recherche et de développement. Il est par ailleurs important de veiller au maintien d'un « marché du contrôle des sociétés » dynamique, sachant qu'il est fort probable que les nouveaux propriétaires les mieux adaptés pour une entreprise œuvrent déjà sur le même marché. La plupart des régimes de concurrence proscrivent uniquement les fusions qui dépassent un certain seuil quant à l'ampleur de leurs incidences sur la concurrence. En plus d'exiger que les effets sur la concurrence respectent un certain niveau, de nombreux régimes requièrent que soient également pris en compte les gains d'efficacité compensatoires spécifiques aux fusions, que ce soit dans l'application du critère de concurrence ou bien d'une exonération ou d'une compensation.

4. La science économique offre à la fois le cadre et les outils nécessaires pour analyser les effets probables des fusions sur la concurrence et l'efficacité, permettant ainsi une analyse fondamentalement identique quel que soit le critère légal appliqué. Le régime juridique des juridictions concernées détermine ensuite si certains effets spécifiques ou les éléments de preuve pertinents suffisent à établir l'existence d'une violation du droit dans ces juridictions.

5. Le contrôle des fusions est une spécificité du droit de la concurrence car il s'intéresse à la structure du marché et tient généralement compte des résultats potentiels à venir plutôt que de conduites actuelles ou passées¹. Ce qui entraîne des conséquences particulières sur la nature et le rôle de l'analyse économique et des éléments d'appréciation dans l'examen et le contrôle des fusions.

6. L'analyse économique peut être utile à chaque étape d'une enquête sur les fusions, de l'examen préliminaire jusqu'à l'étude des mesures correctrices, en passant par le recueil et l'analyse des éléments probants. L'analyse économique n'est pas nécessairement un processus fastidieux, complexe ou onéreux, et elle n'est pas nécessairement synonyme d'analyse quantitative. L'analyse économique est aussi importante pour l'évaluation des preuves documentaires et des preuves par témoins que pour l'évaluation des données économétriques, car elle offre un cadre d'analyse au sein duquel ces éléments peuvent être interprétés.

7. Toutefois, il n'est pas toujours facile pour les autorités de choisir les méthodes d'analyse économique, de décider de l'attribution des ressources limitées à cette fin et d'élaborer une stratégie visant à tirer le meilleur parti des résultats de l'analyse. Cette session cherchera à répondre à certaines de ces questions.

8. L'objet du présent document est de proposer un aperçu du cadre économique, des théories du préjudice et des éléments d'appréciation pertinents pour le contrôle des fusions, ainsi que de l'exploitation de la science économique pour l'analyse des mesures correctrices possibles et le contrôle *ex post* des fusions. Ce document s'intéressera en outre au recours à des économistes externes (et aux modalités de ce recours) par les autorités de la concurrence.

2. Cadre économique de l'analyse des fusions

9. Dans cette section, nous donnons un bref aperçu du cadre économique de base qui sous-tend le contrôle des fusions et de certaines théories du préjudice qui peuvent s'avérer pertinentes lors de l'examen de fusions spécifiques. Ce cadre d'analyse est repris dans les lignes directrices sur le contrôle des fusions publiées par les autorités de la concurrence à travers le monde et dans les orientations pratiques élaborées par le Réseau international de la concurrence, ainsi que dans les documents de référence établis en vue de différentes tables rondes de l'OCDE.

2.1. Pouvoir de marché et concurrence

10. L'examen et le contrôle des fusions a pour objectif de déterminer si, et de quelle manière, une fusion est susceptible de limiter la concurrence et de renforcer le pouvoir de marché. Le pouvoir de marché du côté de l'offre correspond à la capacité d'augmenter les prix ou de réduire la qualité (et autres avantages hors prix) au-delà du niveau qui prévaudrait dans des conditions de concurrence efficace, et ce, dans le but d'accroître les bénéfices (pendant une période non transitoire).

11. Une fusion peut également entraîner un affaiblissement de la concurrence en parallèle à une augmentation du pouvoir de marché, du côté de la demande d'un marché. Le pouvoir de l'acheteur est l'exact contraire du pouvoir de marché du côté de l'offre, puisqu'il s'agit du pouvoir de réduire les prix (ou les avantages hors prix) au-dessous du niveau qui s'appliquerait dans le cadre d'un marché concurrentiel (Noll, 2005^[1]). Il est faux de penser qu'une diminution des prix en amont par l'exercice du pouvoir de monopsonne profiterait nécessairement aux consommateurs². Le fait que les acheteurs disposant d'un pouvoir de marché bénéficieront de prix inférieurs ne signifie pas pour autant que le prix final des produits sera inférieur : si un volume plus faible d'achats en amont entraîne une offre en aval inférieure ou si l'offre est assurée par des fournisseurs moins performants, alors les prix auront plutôt tendance à augmenter³. Il se trouve par ailleurs que les vendeurs pénalisés sont également des consommateurs dans d'autres marchés, et que la perte de revenus qu'ils subissent se traduit par une baisse de la demande, laquelle entraîne une perte générale de l'efficacité allocative. Ceci est peut-être particulièrement manifeste dans le cas des marchés du travail, lesquels font l'objet d'une plus grande attention en tant que sujet de préoccupation du point de vue du droit de la concurrence (OCDE, 2020^[2]).

12. La section qui suit est consacrée aux fusions sur le versant de l'offre, dans la mesure où ce cas de figure est la source de préoccupation la plus courante. Il convient toutefois de ne pas négliger les considérations potentielles du côté de la demande lorsqu'une fusion laisse place à une situation où il n'existe qu'un petit nombre d'acheteurs et où les fournisseurs n'ont que des possibilités limitées⁴.

13. Le pouvoir de marché (ou l'accroissement du pouvoir de marché) peut être limité par un phénomène de substitution. Si un nombre suffisant de consommateurs décident de changer de fournisseur, y compris via les importations ou en optant pour de nouveaux entrants, les entreprises issues d'une fusion ne renforceront globalement pas leur capacité

à augmenter les prix ou à réduire les avantages hors prix au-delà du niveau qui prévaudrait dans des conditions de concurrence efficace dans le but d'accroître les bénéfices. Le contrôle des fusions et les lignes directrices sur le contrôle des fusions prennent généralement en considération les questions de définition du marché, de concentration, de substitution aux importations, d'entrée sur le marché et de pouvoir compensateur, dans la mesure où chacun de ces facteurs constitue une source d'informations sur les substitutions et les contraintes concurrentielles liées au marché⁵.

2.1.1. Définition du marché

14. La définition du marché permet avant tout d'identifier les contraintes concurrentielles les plus immédiates qui pèsent sur l'entité issue de la fusion. Cela inclut les biens et services que les consommateurs considèrent comme des substituts économiques valables ou encore la capacité de certains fournisseurs à adapter leur capacité de production pour proposer de tels produits⁶.

15. La plupart des autorités de la concurrence ont aujourd'hui adopté le test du monopoleur hypothétique (ou test SSNIP) afin d'identifier les marchés pertinents. Ce « test » propose en réalité un cadre et une discipline intellectuelle pour l'organisation des différents éléments d'appréciation. Il permet d'identifier le marché pertinent en tant que (plus petite)⁷ zone de l'espace de produit ou de l'espace géographique à laquelle un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser ses bénéfices imposerait une augmentation limitée mais significative et non transitoire des prix (SSNIP, pour *small but significant non-transitory increase in price*). Il délimite ainsi une zone sur laquelle il est possible d'exercer un pouvoir de marché, rendant ce marché pertinent pour l'examen de la fusion. Il définit par ailleurs une substitution « proche » comme permettant d'empêcher toute SSNIP (plutôt, par exemple, qu'une substitution qui ne surviendrait qu'en cas d'une augmentation bien plus importante des prix). Ce test permet également de concentrer le recueil de données factuelles sur la propension des consommateurs et des producteurs à réellement changer de prestataire suite à une SSNIP, plutôt que sur la possibilité qu'un tel changement soit opéré, même s'il reste peu probable dans le cas d'une (seule) SSNIP.

16. Bien que les produits et la localisation géographique soient les aspects du marché qui constituent les facteurs de délimitation les plus courants, d'autres dimensions peuvent également être prises en compte, comme les dimensions fonctionnelle, temporelle et de protection des consommateurs. La dimension fonctionnelle se rapporte à l'étape pertinente de la chaîne d'approvisionnement. Bien que cette dimension donne rarement matière à controverse, cela peut être le cas si l'on admet que la substitution à une étape de la chaîne d'approvisionnement limite l'exercice du pouvoir de marché à une autre étape de la chaîne. Ce cas de figure s'est notamment présenté en Australie dans une série de fusions dans le secteur de la vente en gros de produits d'épicerie. Certains considéraient que la concurrence en aval exercée par des chaînes de magasins intégrés verticalement limitait les prix en amont appliqués par les grossistes aux détaillants non intégrés.

17. Dans certains scénarios de fusion où les effets dynamiques sur la concurrence sont une préoccupation majeure, il peut être nécessaire de définir les marchés de produits en cours de développement ou d'une façon plus indirecte les *marchés de l'innovation* (Gilbert et Sunshine, 1995^[3]). Dans ce dernier cas, les inquiétudes portent sur une réduction de l'activité dans les opérations concurrentes de recherche et de développement, lesquelles sont susceptibles de faire émerger des produits nouveaux ou améliorés. À l'instar d'un test SSNIP, un test SSNDR&D spécifique pourrait être mis en œuvre.

18. Il est de plus en plus souvent fait appel aux autorités de la concurrence pour examiner les fusions impliquant des plateformes multifaces. Cependant, bien qu'il sera toujours important de tenir compte des boucles de rétroaction ou des effets de réseau multiplateformes, il reste tout aussi important d'appréhender les substitutions de *chaque* côté de la plateforme dans la mesure où celles-ci peuvent être différentes (voir, par exemple : OCDE (2018_[4]) et OCDE (2020_[5])). Un côté peut ainsi être soumis à davantage de contraintes concurrentielles que l'autre, et des produits potentiellement complémentaires d'un côté peuvent être des produits de substitution de l'autre.

19. Même si la définition du marché n'est pas essentielle du point de vue économique, il s'agit d'une pratique utile pour identifier les zones d'étroite concurrence sur lesquelles il est possible d'exercer un pouvoir de marché. La définition du marché constitue par ailleurs souvent une obligation juridique du critère de concurrence utilisé pour évaluer les fusions.

2.1.2. Concentration des marchés

20. L'un des avantages de la délimitation des marchés est qu'elle permet le calcul des parts de marché et des indicateurs de concentration. Dans le cas des fusions horizontales, les théories du préjudice s'appuient toutes sur la théorie économique selon laquelle des niveaux élevés de concentration induits par les fusions entraînent une réduction des possibilités pour les consommateurs et peuvent permettre aux fournisseurs de profiter d'un accroissement de leur pouvoir de marché, que ce soit de manière unilatérale ou collective. Un récent examen des décisions relatives aux fusions réalisé par les autorités européennes de la concurrence a confirmé la pertinence des filtres de concentration dans le cadre du contrôle des fusions : les opérations de fusion réalisées dans les marchés plus étroits sont généralement associées à une augmentation plus importante des prix (Ormosi, Mariuzzo et Havell, 2015_[6]).

21. Dans plusieurs juridictions, il existe une présomption simple de préjudice au-delà de certains niveaux de concentration. La concentration est le plus souvent utilisée comme filtre pour écarter des fusions et établir un régime de protection pour les fusions les moins susceptibles d'entraîner l'apparition de problèmes de concurrence en raison du faible niveau de concentration du marché ou de la faible intensification de cette concentration⁸. Différents rapports récents consacrés à l'économie numérique proposent toutefois l'adoption de présomptions réfragables pour certains types d'acquisitions (OCDE, 2020, p. 34_[5]). Ces deux approches montrent bien que les indicateurs de concentration ne rendent pas compte de la totalité de la situation. Bien que nécessaires, elles ne constituent pas des conditions suffisantes pour lever les inquiétudes suscitées par une fusion en matière de concurrence. Une analyse approfondie s'impose donc avant qu'une intervention soit recommandée.

22. Les indicateurs de concentration couramment utilisés à ces fins par les autorités de la concurrence sont la part de marché de l'entreprise issue de la fusion, l'indice de concentration absolue pour les quatre premières entreprises (C4), le coefficient C3⁹ et l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH)¹⁰. Deux filtres sont en outre souvent appliqués pour identifier les effets unilatéraux et coordonnés. La part de marché de l'entreprise issue de la fusion sera particulièrement pertinente dans le cas des effets unilatéraux, au même titre que l'indicateur de concentration des marchés dans le cas des effets coordonnés. Il peut également être important d'étudier l'évolution des parts de marché sur la durée, puisque les marchés fonctionnant par appels d'offres, par exemple, peuvent connaître une modification significative des parts de marché lorsque de nouveaux contrats sont adjugés.

23. Différentes unités de mesure peuvent être utilisées pour ces indices de concentration et tous apportent un éclairage différent sur la concurrence dans le marché concerné (capacité de production, volume de ventes, recettes, etc.). Chacune de ces mesures peut s'avérer différente en fonction des marchés et certaines peuvent être plus pertinentes que d'autres. Par exemple, la combinaison des quotes-parts de capacité et des unités de vente est susceptible d'apporter des informations précieuses dans les marchés de biens homogènes, alors que les quotes-parts de recettes peuvent être plus intéressantes pour les marchés de produits différenciés. Dans les marchés numériques, les indicateurs possibles peuvent être plus nombreux et différents d'un côté à l'autre de la plateforme, comme la part d'audience (laquelle peut également être mesurée selon divers critères : visites uniques, sessions d'utilisateur, impressions réalisées ou temps passé sur le site), la part d'inventaire (dans le cas d'annonces classées, par exemple) et la part des recettes publicitaires¹¹.

2.1.3. Concurrence à l'importation

24. La concurrence à l'importation fait souvent l'objet d'un traitement spécifique dans l'analyse des fusions, notamment dans le cas des petites économies ouvertes. La part de marché des importations n'est toutefois pas nécessairement représentative de la contrainte concurrentielle qu'elles représentent. D'une part, les importations peuvent être soumises à des coûts et à des obstacles supplémentaires dans l'approvisionnement du marché. D'autre part, une fois les chaînes d'approvisionnement en place, l'élasticité de l'offre peut s'avérer élevée, surtout si le marché de destination est relativement restreint par comparaison à la capacité de production à l'origine des importations.

25. Dans certains cas, le détournement des exportations peut apparaître plus pertinent : si les entreprises nationales exportent actuellement une part importante de leur production et que celle-ci peut facilement être réorientée vers le marché domestique, cette offre pourrait constituer une contrainte concurrentielle au même titre que les importations. Sur le plan du contrôle des fusions, il reste toutefois à déterminer la capacité des importations ou des exportations réorientées à limiter l'exercice du pouvoir de marché après une fusion. Tout dépendra alors de facteurs propres au marché, lesquels influent non seulement sur la propension des consommateurs à se tourner vers ces produits, mais aussi sur la capacité de l'offre à se développer facilement face à une augmentation de la demande.

2.1.4. Obstacles à l'entrée

26. Les obstacles à l'entrée revêtent souvent un intérêt particulier pour les investigations réalisées dans le cadre du contrôle des fusions. Si les obstacles à l'entrée sont faibles, l'entreprise issue de la fusion sera freinée par la menace de nouvelles entrées et de substitution par les clients au profit d'entrants potentiels ou de concurrents existants.

27. Bien que les économistes puissent avoir des conceptions différentes de ce qui constitue ou non un obstacle à l'entrée, ce qui importe dans le contrôle des fusions est la probabilité que l'arrivée de nouveaux entrants suffise pour limiter l'exercice du pouvoir de marché peu après une fusion. Aborder la question sous cet angle peut permettre d'éviter des débats inutiles et stériles entre économistes aux vues divergentes.

28. Dans certains cas, il existe déjà des projets d'entrée qui suffisent pour apaiser les préoccupations en matière de concurrence. Ces projets devront toutefois être étudiés de manière attentive afin de garantir qu'ils sont en mesure de générer une offre suffisante de produits substituables proches que les consommateurs accepteraient d'acheter en quantité suffisante pour limiter l'exercice d'un pouvoir de marché renforcé suite à une fusion. Dans d'autres cas, il sera nécessaire de tenir compte des conditions d'entrée de façon plus générale.

29. Les facteurs liés à l'offre pouvant s'avérer utiles à cette évaluation incluent notamment les obstacles réglementaires, les coûts irréversibles, les économies d'échelle, les développements technologiques et l'accès à des intrants peu abondants (matières premières ou sites de production adaptés).

30. Du côté de la demande, la fidélisation des consommateurs à certaines marques, les coûts de recherche de produit et de changement de prestataire ou même certains biais comportementaux peuvent affecter la propension des consommateurs à se tourner vers de nouveaux entrants, ce qui rend l'entrée encore plus difficile.

31. Les effets de réseau (aussi bien croisés que sur le même côté du marché), les coûts de changement, l'inertie des consommateurs ou encore l'accès aux « mégadonnées » seront des aspects importants à prendre en compte dans le cas des marchés de plateformes.

32. La chronologie des entrées (ou l'absence d'entrées) peut constituer un point de départ pour les analyses nécessaires, même s'il conviendra également de tenir compte de l'évolution possible et à venir des conditions de marché : renforcement ou baisse de la demande, augmentation des perspectives d'entrée grâce aux nouvelles technologies et suppression ou apparition d'obstacles réglementaires.

2.1.5. Pouvoir compensateur

33. Le pouvoir compensateur, comme son nom l'indique, se rapporte à une situation où des acheteurs sont en mesure d'empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché renforcé par les fournisseurs. Bien que les gros acheteurs puissent disposer d'un certain pouvoir de négociation, si le pouvoir de marché augmente sur le versant de l'offre, le nouveau compromis reste susceptible d'entraîner une augmentation des prix¹².

34. Un acheteur ne dispose réellement d'un pouvoir compensateur que s'il se trouve en position d'empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché renforcé suite à une fusion (potentiellement car il est en capacité de s'engager dans un processus d'intégration verticale ou de promouvoir l'entrée sur le marché). Il est en outre possible que seuls certains acheteurs bénéficient d'un pouvoir compensateur.

2.1.6. Observations finales sur le pouvoir de marché

35. Chacun de ces aspects de l'analyse des fusions a son importance et peut contribuer à coordonner les éléments d'appréciation en fonction de ces facteurs. Leur traitement peut même être requis afin de respecter le critère légal. Dans de nombreuses juridictions, le critère pour les fusions illégales se rapporte à une altération de la concurrence ou du pouvoir de marché *dans un marché spécifique*, ce qui suppose que ce marché soit clairement délimité. Il est néanmoins important que ces aspects de l'analyse ne se limitent pas à une série de cases à cocher, mais soient abordés dans leur globalité en tant que partie intégrante d'une analyse économique (et juridique) approfondie des effets probables d'une fusion sur la concurrence.

36. La question au cœur de toute analyse des effets observés ou probables d'une fusion doit porter sur la nature même des modifications, et sur la manière dont la concurrence et l'efficacité seront affectées par la fusion. La situation de la concurrence préalablement à une fusion peut être pertinente pour cette évaluation, mais elle ne donne en soi aucune indication sur l'effet marginal de cette fusion sur la concurrence.

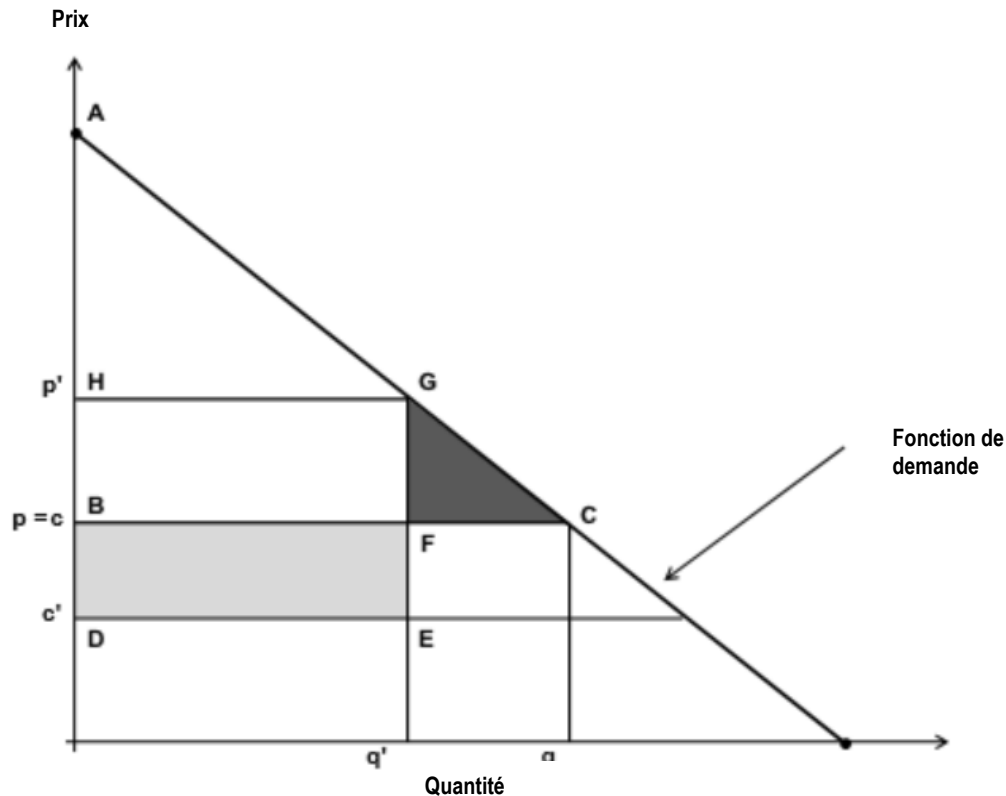
37. Délimiter le marché, mesurer la concentration et identifier les obstacles à l'entrée et autres facteurs pertinents sont des opérations importantes, mais cocher toutes ces cases ne permettra pas de déterminer concrètement si une fusion aura des effets négatifs à moins de disposer d'un scénario cohérent, et donc d'une réelle théorie du préjudice. Chacun de ces éléments peut par ailleurs entraver à terme la formulation d'une réponse définitive à ces questions. Les marchés sont complexes et les efforts déployés pour les délimiter n'ont en fin de compte souvent que peu d'importance. Les obstacles à l'entrée peuvent ainsi parfois constituer des « obstacles à la bonne compréhension » (Carlton, 2004^[7]) si ce qu'il convient en réalité de déterminer est la probabilité d'accès au marché.

2.2. Cadre du bien-être

38. L'économie (statique) du bien-être qui sous-tend l'analyse des fusions peut-être représentée de manière simplifiée par le modèle d'arbitrage de Williamson (1968^[8]) du Graphique 1. En termes de concurrence, la principale préoccupation suscitée par les fusions est qu'une diminution de la pression concurrentielle ou un accroissement du pouvoir de marché (sur le versant de l'offre) puisse entraîner une augmentation des prix pour les consommateurs ou une baisse équivalente de la qualité ou autres avantages hors prix. Dans le Graphique 1, on estime que les prix appliqués avant la fusion sont au niveau concurrentiel $p = c$, où c correspond aux coûts moyens. La fusion entraîne une augmentation des prix de p à p' . À moins que les fournisseurs ne soient en mesure d'opérer une discrimination par les prix, le niveau de la demande baissera de q à q' . Le bien-être du consommateur correspond à l'aire générale BCGH, qui regroupe une perte nette de bien-être¹³ par rapport à l'efficacité allocative (FCG) et un transfert des consommateurs aux producteurs (BFGH).

39. La fusion peut également générer des gains d'efficacité, de telle sorte que c passe à c' . Les économies de ressources permises par la fusion correspondent à l'aire BDEF, avec un niveau de résultat réduit à q' . L'augmentation du surplus du producteur correspond à l'aire HDEG, à la somme de ces économies de ressources et au transfert depuis les consommateurs. Le bien-être total a augmenté du montant des économies de ressources mais a été diminué de la perte nette de bien-être¹⁴, entraînant ainsi une augmentation ou une baisse nette correspondant à l'aire BDEF moins l'aire FCG¹⁵. On peut facilement constater que l'aire représentant les économies réalisées pourrait être plus grande (notamment dans une représentation aussi simplifiée) que le triangle correspondant à la perte nette de bien-être dans certains scénarios de fusion, se traduisant ainsi par un gain net en termes de bien-être total.

40. La prise compte des économies réalisées par une juridiction donnée, et la portée de cette prise en compte, dépendra des seuils applicables fixés par la législation en vigueur et de la norme de bien-être sous-jacente qui a été adoptée (norme de bien-être total, norme de bien-être du consommateur ou norme intermédiaire). Les économies potentielles peuvent être intégralement déduites, comptées uniquement si elles sont susceptibles de compenser une augmentation des prix¹⁶, pondérées en fonction de la distribution probable de bénéfices ou entièrement comptabilisées. Dans la plupart des régimes de concurrence (mais certainement pas tous), l'enjeu le plus important reste les incidences sur le bien-être du consommateur, et les gains d'efficacité ne s'avèrent pertinents que s'ils suffisent à contrebalancer l'augmentation du pouvoir de marché.

Graphique 1. Modèle d'arbitrage de Williamson avec prix avant fusion à P_c 

Source : Extrait d'OCDE (2012, p. 9₍₉₎).

41. Dans le cadre de cette analyse, différentes difficultés peuvent émerger. La première consiste à déterminer dans quelle mesure les gains d'efficacité sont spécifiques aux opérations de fusion et s'il aurait été possible de parvenir au même résultat par des moyens moins anticoncurrentiels ; autrement dit si le bénéfice du rectangle aurait pu être obtenu sans le coût du triangle. Dans le cas où ces gains d'efficacité auraient pu être réalisés d'une autre manière, d'autres questions se posent : ce résultat aurait-il pu être réalisé aussi rapidement ? et cela aurait-il entraîné des coûts de transaction supplémentaires ? Même si les gains d'efficacité sont spécifiques aux opérations de fusion, il conviendra de déterminer avec quel niveau de certitude les gains d'efficacité peuvent être anticipés ou, à l'inverse, le degré de spéculation des gains d'efficacité allégués.

42. Le Graphique 1 s'appuie sur l'hypothèse fondamentale que les prix appliqués avant la fusion étaient à des niveaux concurrentiels. Cela ne sera toutefois pas nécessairement le cas dans de nombreux marchés où le manque de concurrence avant la fusion est un sujet de préoccupation. Dans le Graphique 2, cette hypothèse est écartée et on estime que les prix appliqués avant la fusion sont supérieurs au niveau concurrentiel. Cette différence d'approche peut avoir une incidence significative sur l'analyse des fusions sous l'angle du bien-être. Si les prix avant la fusion étaient déjà au niveau p' et la quantité demandée à q' , et que la fusion entraîne une diminution de la pression concurrentielle de sorte que les prix augmentent au-delà de p'' et la production passe au-dessous de q'' , alors la taille de l'aide correspondant aux économies réalisées sera inférieure (BDJK au lieu de BDEF) car les économies de ressources auront pour base un niveau de production plus faible¹⁷. Parallèlement à cela, la perte nette de bien-être découlant de la fusion sera plus importante puisqu'elle correspondra au trapèze FGLK. On s'aperçoit aisément que la taille du trapèze

2.3. Incidence des fusions sur la concurrence

44. Toutes les fusions sont différentes et les théories du préjudice applicables seront tout aussi différentes. Bien que le degré d'implication des économistes et des autorités de la concurrence ne soit pas le même suivant le type de fusion ou les théories du préjudice concernées, la plupart s'appuient sur une même classification générale des préjudices potentiels dont il convient de tenir compte et qui peuvent s'avérer pertinents dans certaines circonstances.

45. Pour établir la pertinence d'une ou plusieurs théories du préjudice, il convient avant tout d'avoir une bonne compréhension du fonctionnement actuel du ou des marchés concernés. Quelle est la nature du produit, quel est son niveau de demande et qui sont les clients ? Qui sont les principaux fournisseurs et quelle part du marché assurent-ils ? Quelles sont les principales caractéristiques du processus de production et de la chaîne d'approvisionnement ? Quelles sont la taille et la fréquence des transactions, et comment sont déterminés les prix et les niveaux de production ? Quelles sont les dimensions de la concurrence ?

46. Pour être mesure de déterminer quelles théories du préjudice sont pertinentes, les économistes et les autorités de la concurrence doivent disposer d'une bonne compréhension de l'état et du fonctionnement de la concurrence, et mettre en corrélation les effets d'une fusion avec la structure verticale et horizontale du secteur concerné. Quelles modifications la fusion entraîne-t-elle et quelle incidence peut-elle avoir sur la concurrence ? Cette approche permettra d'identifier la nature de l'analyse économique et les types d'éléments d'appréciation qui seront les plus à même d'éclairer une évaluation efficace des effets potentiels d'une fusion sur la concurrence. Dans certains cas, une analyse pertinente et quelques éléments d'information clés peuvent permettre d'écarter une théorie du préjudice ou de valider rapidement une fusion de sorte que les ressources limitées en jeu puissent être consacrées à d'autres fusions plus importantes.

47. Cependant, il convient également de s'interroger s'il existe des raisons de penser qu'en l'absence de fusion le marché évoluera de telle sorte que la situation actuelle de la concurrence pourrait ne pas être indicative de l'état futur de la concurrence sur le marché en l'absence de fusion. Cette considération peut notamment être importante dans le cas des « entreprises défaillantes », où il est attendu que l'une des parties à la fusion quitte le marché, que la fusion se concrétise ou non. Le cas échéant, il conviendra de déterminer s'il existe un autre acheteur ou si les actifs disparaîtraient du marché en l'absence de fusion, mais aussi quels seraient les effets d'un transfert de la clientèle cible vers l'acquéreur plutôt que de laisser les entreprises en place se faire concurrence pour attirer cette clientèle. Ces questions peuvent être particulièrement pertinentes à l'heure où la pandémie de Covid-19 entraîne une importante contraction de la demande dans certains marchés, notamment dans le secteur aérien. Il demeure important de prêter une attention particulière aux différents arguments et options, dans la mesure où les modifications structurelles apportées à un marché dans la précipitation en raison d'une crise peuvent avoir des répercussions durables sur la concurrence (OCDE, 2020_[11]).

48. Il est en revanche possible qu'un marché s'ouvre la concurrence en l'absence de fusion. Par exemple, alors qu'un brevet est sur le point d'arriver à expiration, l'acquisition verticale du fournisseur d'un intrant essentiel pourrait empêcher une augmentation de la concurrence. Dans d'autres cas, une acquisition horizontale pourrait cibler de nouveaux fournisseurs qui auraient participé à un renforcement de la concurrence en l'absence de fusion, peut-être en raison d'évolutions technologiques ou réglementaires, et qui auraient été « balayés » ou neutralisés par la fusion (OCDE, 2020_[5]). L'Encadré 1 présente différents exemples d'acquisitions de supermarchés examinées en Australie et en Nouvelle-Zélande, dans le cadre desquelles a été soulevée la question des impacts qui auraient eu lieu en l'absence de la fusion.

Encadré 1. Limitation ou protection de la concurrence entre supermarchés en Nouvelle-Zélande et en Australie

Les décisions rendues dans l'affaire Warehouse en Nouvelle-Zélande et dans l'affaire Glenmore Ridge en Australie offrent deux exemples où l'on a estimé que le marché pourrait être plus concurrentiel en l'absence d'acquisition qu'il ne l'est actuellement ou qu'il ne le serait après autorisation de l'acquisition. À l'inverse, dans l'affaire Metcash en Australie, le tribunal a rejeté l'assertion de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) selon laquelle un autre acheteur permettrait à terme une augmentation de la concurrence sur le marché.

En 2007, les deux principales chaînes de magasins d'alimentation néozélandaises demandèrent chacune l'autorisation d'acquérir un nouvel entrant, Warehouse Extra. Dans le cadre de leurs demandes d'autorisation, les candidats devaient démontrer, auprès de la Commission du commerce (et du tribunal lors de la procédure d'appel), que la fusion n'entraînerait pas une diminution significative de la concurrence. La Commission refusa de valider cette acquisition, estimant qu'il existait un risque réel qu'elle entraînât une augmentation des prix et une baisse nette de la qualité, des services et de l'innovation, par rapport à un scénario contrefactuel où s'exerceraient des effets coordonnés ou non coordonnés, ou les deux. Cette décision fut annulée par la Haute Cour, puis rétablie par la Cour d'appel, considérant que Warehouse cherchait à se ménager un créneau sur la base d'une approche innovante et craignant que la fusion n'eût pour effet d'entraver « *le déploiement d'une innovation avant qu'elle n'ait suscité la moindre inquiétude, d'autant plus que ce concept est la seule source crédible de concurrence pour Woolworths et Foodstuffs à court terme* » (§ 205).

En 2010, le grossiste en épicerie australien Metcash, fournisseur de nombreux détaillants indépendants, fit l'acquisition des activités de gros et de détail de Franklins. L'ACCC saisit le tribunal fédéral afin d'interdire la fusion, au motif qu'en l'absence d'acquisition un autre acheteur permettrait une augmentation de la concurrence sur le marché de gros. Franklins et un second petit grossiste, Spar, étaient les seuls autres fournisseurs de produits d'épicerie conditionnés à destination de détaillants indépendants en Nouvelle-Galles du Sud et dans le Territoire de la capitale australienne. Il fut convenu que Pick n Pay, propriétaire de Franklins, quitterait le marché dans la mesure où Franklins perdait d'importantes sommes d'argent, mais l'ACCC avança qu'un autre acheteur, le consortium KKKL, constituait une option contrefactuelle probable à la fusion. Dans ce contexte, il incombait à la Commission de démontrer au tribunal que la fusion empêcherait ou diminuerait la concurrence de manière sensible. Le tribunal fédéral en séance plénière, saisi en appel par le tribunal fédéral, reconnut que les éléments d'appréciation ne suffisaient pas à appuyer l'assertion selon laquelle il existait une chance crédible que le consortium KKKL fit une offre ferme qui serait acceptée par Pick n Pay en l'absence d'une acquisition par Metcash.

Une situation analogue fut au cœur des débats en 2013, lorsque l'ACCC dut examiner l'acquisition du site d'un supermarché dans la ville de Glenmore Ridge par la chaîne de magasins d'alimentation Woolworths. D'après l'ACCC, cette acquisition était susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence dans le marché local des supermarchés autour du site visé. Cela étant, le seul supermarché existant à Glenmore Park était également détenu et exploité par Woolworths, et une seconde entreprise de distribution, Aldi, devait faire son entrée sur le marché l'année suivante.

L'ACCC considéra que l'acquisition du site empêcherait l'entrée d'un troisième opérateur encourageant une concurrence sur les prix et hors prix dans le marché local. Ce site fut par la suite acquis par Coles, marquant l'entrée d'un troisième opérateur sur ce marché.

Source : décision de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande dans l'affaire Commission du commerce contre Woolworths Limited, 1^{er} août 2008,

https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0021/96402/Commerce-Commission-v-Woolworths-limited-and-ors-Court-of-Appeal-Judgment-1-August-2008.pdf ;

décision de la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire Commission australienne de la concurrence et de la consommation contre Metcash Trading Limited, 30 novembre 2011,

<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2011/2011fcafc0151> ;

et ACCC, *Public Competition Assessment*, 25 octobre 2013, *Woolworths Limited - Proposed Acquisition of Supermarket Site at Glenmore Ridge Village Centre*, <https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/D13%2B147531.pdf>.

49. Les théories du préjudice sont généralement classées en fonction des effets horizontaux coordonnés ou unilatéraux, des effets verticaux ou effets congloméraux. Plusieurs théories s'appliquent parfois et, à mesure que progressent les analyses et les enquêtes, certaines théories pourront être écartées, ajoutées ou modifiées sur la base des nouvelles données disponibles. Chacune de ces théories du préjudice a pu être examinée de manière détaillée à l'occasion de tables rondes de l'OCDE et dans les travaux publiés par le Réseau international de la concurrence.

2.3.1. Effets unilatéraux

50. Des effets horizontaux unilatéraux peuvent être observés lorsque l'entreprise issue de la fusion est en mesure d'exercer un pouvoir de marché renforcé sans que ses concurrents n'y contribuent par leurs actions. Toutes les fusions horizontales mettent un terme à la concurrence entre les parties à la fusion, et c'est justement cette perte de concurrence qui peut donner lieu à de effets unilatéraux. Alors qu'avant la fusion toute augmentation de prix ou diminution de la production opérée par l'une des parties à la fusion aurait vraisemblablement occasionné un certain degré de substitution chez l'autre partie, cette contrainte concurrentielle disparaît une fois la fusion réalisée. Une augmentation de prix ou une diminution de la production par l'entreprise issue de la fusion réduit de fait la pression concurrentielle exercée sur les autres entreprises du marché et génère des effets de plus grande ampleur sur les facteurs liés aux prix et hors prix.

51. La pertinence des effets unilatéraux dans l'analyse d'une fusion dépendra de l'incidence probable d'une suppression de la concurrence sur les prix, la qualité et autres dimensions hors prix des offres des entreprises. L'impact de la disparition de la concurrence entre les parties à la fusion dépendra en outre de facteurs comme la proximité géographique et la similitude des offres des deux fournisseurs, le nombre de fournisseurs de produits substituables proches sur le même marché et leur capacité à assurer l'approvisionnement de ces produits, la probabilité d'accès au marché, les coûts de changement de prestataire ou encore l'existence d'un pouvoir compensateur. Les effets unilatéraux peuvent être observés aussi bien dans les marchés de produits homogènes que différenciés. Dans les marchés de biens homogènes, les actions en faveur de l'offre auront tendance à être prépondérantes, alors que dans les marchés de biens différenciés, les actions en faveur de la demande seront prépondérantes.

52. Lorsqu'un marché se caractérise par des produits homogènes et par une situation de surcapacité, les augmentations unilatérales des prix peuvent être difficiles à supporter suite à une fusion. Néanmoins, une fusion associant une part importante de l'offre d'un marché avec une situation de faible surcapacité suscitera davantage d'inquiétudes. Dans les cas où les coûts marginaux augmentent (par exemple, dans les marchés des ressources naturelles), l'entreprise issue de la fusion peut être en mesure de réaliser des bénéfices en réduisant ses capacités ou son offre vers la base de la courbe de l'offre sur le marché, de sorte que les prix doivent augmenter pour introduire des sources d'approvisionnement à coûts plus élevés dans le marché.

53. La fusion d'entreprises commercialisant les deux produits de substitution les plus proches sur un marché de produits différenciés peut poser des problèmes d'effets unilatéraux, et ce, quelle que soit la surcapacité des fournisseurs si un nombre trop faible de consommateurs sont prêts à changer de prestataire à leur profit pour limiter les augmentations de prix après la fusion. Une baisse de la qualité (y compris en termes de variété) ou une diminution des investissements dans l'innovation peut parfois constituer un problème plus important qu'une augmentation des prix dans les marchés de produits différenciés (voir OCDE (2013_[12]) et OCDE (2018_[13])). Les « acquisitions prédatrices » sont récemment devenues une source croissante d'inquiétude. Celles-ci visent à mettre un point d'arrêt à la commercialisation ou au développement de produits (et non pas simplement à la contrainte concurrentielle exercée) dans le seul but d'éliminer la menace concurrentielle qu'ils représentent (OCDE, 2020_[5]).

2.3.2. Effets coordonnés

54. À l'inverse des effets unilatéraux, les effets coordonnés dépendent des actions d'autres fournisseurs du marché pour augmenter les prix ou réduire les avantages hors prix. Ils reflètent l'exercice du pouvoir de marché combiné des entreprises sur le marché. Cette coordination peut être tacite ou explicite, et peut ou non être considérée comme illégale au regard de dispositions spécifiques du droit de la concurrence. Une théorie du préjudice qui repose sur les effets coordonnés ne suggère aucunement que les entreprises ou personnes présentes sur le marché concerné seraient coupables d'un comportement moralement répréhensible. Elle s'appuie en réalité sur les caractéristiques objectives du marché et sur la manière dont une fusion peut rendre le marché plus vulnérable aux opérations de coordination.

55. Les économistes conviennent globalement que trois conditions doivent être remplies pour qu'une coordination soit constituée : 1) les entreprises doivent être en mesure de parvenir à un accord (explicite ou tacite) en termes de tarification ou de volume ; 2) elles doivent être capables de détecter tout écart par rapport à l'accord conclu ; et 3) elles doivent être en capacité de sanctionner ces écarts. Même s'il sera généralement dans l'intérêt commun des fournisseurs de s'entendre pour augmenter les prix, à titre individuel ils auront le plus souvent intérêt à frauder sur les clauses de l'accord (Stigler, 1964_[14]). Une augmentation des prix au-delà du niveau concurrentiel donnera lieu à une demande non satisfaite et une entreprise peut tirer parti de cette demande en baissant ses prix. Si cette fraude ne peut être détectée et sanctionnée, il devient difficile d'atteindre les résultats escomptés dans le cadre de la coordination.

56. Au-delà de ces facteurs « internes », il est peu probable que l'accord soit viable s'il est également menacé par des facteurs « externes », comme les réactions des concurrents existants ou potentiels n'appartenant pas au groupe de coordination ou des clients capables de se tourner vers d'autres prestataires.

57. Différents facteurs sont reconnus comme susceptibles de rendre le marché plus ou moins vulnérable aux coordinations. Les notions comme la concentration, la participation croisée, l'homogénéité des produits, la symétrie des entreprises, la transparence tarifaire, le volume et la fréquence des achats, les obstacles à l'entrée et l'existence ou l'absence d'un franc-tireur, figurent souvent dans les lignes directrices sur le contrôle des fusions à travers le monde. Il est toutefois important que cela ne mène pas à l'adoption d'une approche consistant à cocher des cases dans l'évaluation des effets coordonnés. Il n'est pas nécessaire que tous ces facteurs soient observés pour qu'une coordination soit effective¹⁸ et la question centrale au contrôle des fusions porte sur la manière dont une fusion *modifie* la probabilité d'une coordination réussie (si modification il y a). La question à laquelle il faut répondre est de savoir si un scénario cohérent peut être présenté sur la manière dont la fusion est susceptible de rendre le marché plus vulnérable aux coordinations et comment une coordination peut devenir plus complète et durable (Dick, 2003^[15]). Malheureusement, même les éléments attestant d'une coordination effective ne permettent pas de répondre à cette question.

58. Le changement le plus évident pouvant découler d'une fusion est l'apparition d'un phénomène de concentration. Avec un nombre plus faible d'entreprises sur le marché, il est généralement plus simple de parvenir à un accord et de détecter tout écart par rapport à l'accord conclu. L'acquisition d'un franc-tireur (soit une entreprise aux intérêts divergents qui a par le passé eu tendance à entraver les tentatives de coordination) devrait être vue comme un fait particulièrement alarmant (Baker, 2002^[16]).

59. Les fusions horizontales ne sont pas les seules à avoir des effets coordonnés potentiels. Les fusions verticales permettant un renforcement de la symétrie et grâce auxquelles la concurrence par les prix se concentre à un niveau plus transparent du marché de détail peuvent également faciliter les coordinations. Par ailleurs, dans les cas où une fusion verticale ou conglomérale entraîne l'acquisition d'un entrant susceptible d'induire des bouleversements, cette acquisition pourrait permettre de garantir que la coordination ne sera pas contrariée à l'avenir¹⁹.

2.3.3. Effets verticaux

60. La plupart des économistes (et autres spécialistes) considèrent que les fusions verticales sont moins susceptibles de soulever des problèmes de concurrence que les fusions horizontales. Certaines fusions verticales posent néanmoins des problèmes graves et particulièrement complexes (OCDE, 2019^[17]). Les effets verticaux sur la concurrence ne découlent pas directement d'une augmentation des degrés de concentration à quelque niveau que ce soit de la chaîne d'approvisionnement²⁰. Le problème majeur que posent les fusions verticales est que le pouvoir de marché à une étape de la chaîne d'approvisionnement pourra être récupéré à une autre étape, par exemple en empêchant les concurrents d'avoir accès aux clients ou à certains intrants²¹. Bien que la fusion soit verticale, ses effets sont horizontaux, à l'un ou aux deux niveaux de la chaîne d'approvisionnement qui sont affectés par la fusion.

61. La plupart des lignes directrices sur le contrôle des fusions s'appuient sur le système de « la capacité et l'intérêt » pour l'analyse des fusions verticales. Il consiste ainsi à déterminer, d'une part, si l'entreprise issue de la fusion aura la capacité (soit le pouvoir de marché en tant que fournisseur ou acheteur) d'évincer²² ses concurrents ou d'augmenter leurs coûts et, d'autre part, si elle y aura un intérêt (soit si cela sera rentable pour elle). En limitant les ventes ou achats de ses concurrents, l'entreprise intégrée verticalement devra vraisemblablement renoncer à des recettes ou augmenter ses propres coûts. L'entreprise peut-elle espérer gagner davantage en tirant parti de son pouvoir de marché que ce qu'elle perdrait en appliquant une stratégie d'exclusion ? et quelle incidence cela va-t-il avoir sur

la concurrence et sur les prix ? L'Encadré 2 décrit l'exemple d'une récente fusion verticale examinée par la Commission néo-zélandaise du commerce, laquelle suscitait des préoccupations en matière de verrouillage à chaque niveau de la chaîne d'approvisionnement affectée par la fusion.

Encadré 2. Trade Me Limited et Limelight Software Limited 2018

En 2017, la Commission néo-zélandaise du commerce étudia la demande d'acquisition de Limelight Software Limited, exploitant de la marque commerciale Motorcentral (Motorcentral), par Trade Me Limited (Trade Me). Trade Me était alors le principal fournisseur de services en ligne de petites annonces et d'enchères automobiles en Nouvelle-Zélande, et Motorcentral le leader du marché des logiciels de gestion de la distribution automobile (*Dealer Management System, DMS*) destinés aux concessionnaires indépendants pour la gestion de leur parc de véhicules à moteur. Outre les préoccupations horizontales inhérentes au marché des DMS (Trade Me commercialisait un outil logiciel appelé DealerBase que l'entreprise comptait développer afin d'en faire un concurrent plus sérieux à Motorcentral en l'absence de fusion), la Commission s'inquiétait de la possibilité d'un verrouillage vertical à la fois sur le marché des DMS et de la publicité. L'une des principales fonctions des solutions DMS est qu'elles permettent aux concessionnaires de charger leurs inventaires sur des plateformes publicitaires. La Commission estimait qu'il existait un risque que l'entité issue de la fusion eût à la fois la capacité et l'intérêt à limiter les interactions entre Motorcentral et les plateformes de publicité concurrentes, et entre Trade Me et les DMS concurrents. Son pouvoir de marché sur chaque marché lui donnait la capacité à évincer ses concurrents, aussi la Commission considéra-t-elle que les avantages d'un tel verrouillage seraient vraisemblablement supérieurs à tous les coûts escomptés pour l'entité issue de la fusion, consistant en soi une incitation suffisante. Ces pratiques entraîneraient de fait une augmentation des coûts pour les concurrents et les nouveaux entrants potentiels sur les deux marchés concernés, diminuant ou empêchant la concurrence et protégeant le pouvoir de marché de l'entité issue de la fusion sur chacun de ces marchés. La Commission ne put donc conclure que ce projet de fusion n'entraînerait pas une diminution sensible de la concurrence.

Source : Commission du commerce Nouvelle-Zélande, décision relative à la fusion entre Trade Me Limited et Limelight Software Limited, 8 mars 2018, https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0030/91839/2018-NZCC-1-Trade-Me-Limited-and-Limelight-Software-Limited-clearance-determination-8-March-2018.pdf.

62. Les fusions verticales peuvent également être l'origine de gains d'efficacité. Les études empiriques laissent en effet penser que les intégrations verticales ont tendance à s'avérer efficaces et à profiter aux consommateurs²³. Les deux principales sources de gains d'efficacité découlent du fait qu'une fusion verticale a pour effet de remettre les transactions du marché sous le contrôle interne de l'entreprise. D'une part, les fusions verticales peuvent générer des gains d'efficacité en matière de transactions lorsque la mise en œuvre des transactions de marché représentent un coût important (Williamson, 1974_[18])²⁴. D'autre part, les fusions verticales peuvent entraîner l'élimination de la double marge (EDM), se traduisant par une baisse des prix finaux et une augmentation des bénéfices, dans la mesure où l'entreprise issue de la fusion appuiera ses décisions relatives aux prix d'aval sur les coûts marginaux réels des intrants plutôt que sur le prix du marché²⁵. Aucune de ces deux sources de gains d'efficacité n'est toutefois garantie, et ce, quel que soit le scénario de fusion étudié. L'EDM ne pourra en effet s'appliquer aux ventes à

destination de tiers, mais pourra dans certains cas être réalisée dans le cadre de contrats spécifiques. La réduction du coût des transactions dépendra enfin de la complexité des contrats par rapport aux avantages liés aux incitations à l'efficacité fondées sur le marché.

63. Particulièrement médiatisée, la récente fusion entre AT&T et Time Warner fit l'objet d'une évaluation de ses effets en termes de verrouillage des intrants et de suppression des avantages de l'EDM. Il s'agissait précisément de la fusion verticale des contenus Turner à forte valeur de Time Warner (en amont) avec le service de diffusion DirecTV d'AT&T (en aval). La crainte d'un verrouillage des intrants reposait sur l'idée que l'entité issue de la fusion aurait à la fois la capacité et l'intérêt à augmenter le coût des intrants pour les distributeurs de programmes vidéo multicanaux (MVPD, pour *multichannel video program distributors*) concurrents en aval nécessitant un accès aux contenus Turner, limitant ainsi leur capacité à rivaliser de manière efficace avec DirecTV. Le ministère de la Justice américain estima par ailleurs que la fusion serait source d'un avantage lié à l'EDM. Sur la base du modèle de négociation de Nash, par lequel les résultats dépendent de la meilleure alternative disponible pour chaque partie à un accord négocié, il fut considéré que la fusion modifierait la meilleure alternative de Time Warner dans sa négociation avec les MVPD, dans la mesure où la perte de ventes en amont au profit des concurrents en aval augmenterait les ventes en aval escomptées pour l'entité issue de la fusion. Le ministère estima également que les coûts pour les consommateurs et en termes de concurrence dépasseraient probablement les avantages découlant de l'EDM pour cette fusion. Le tribunal considéra comme insuffisants les arguments avancés par le ministère de la Justice sur la base des éléments présentés. Le ministère éprouva des difficultés à convaincre le tribunal de la pertinence du modèle de négociation de Nash pour ce scénario de fusion spécifique, mais aussi de la pertinence des données et du postulat utilisés pour ce modèle²⁶. Le cadre d'analyse de base appliqué aux fusions verticales et le modèle de négociation de Nash qui furent utilisés sont néanmoins économiquement rationnels et relativement banaux. Tout problème lié aux données et aux postulats (qui restent des enjeux importants en termes de modélisation) ne devrait pas suffire à invalider le cadre analytique de base²⁷.

2.3.4. Effets congloméraux

64. Les conglomérats peuvent susciter des inquiétudes en matière de concurrence pour les mêmes raisons que les fusions verticales. Tout comme les biens ou services fournis à des étapes différentes d'une chaîne d'approvisionnement peuvent être consommés ensemble, des biens et services issus de différentes chaînes d'approvisionnement peuvent également être liés dans le cadre de leur production ou de leur consommation. Par exemple, si deux produits sont généralement consommés ensemble²⁸ et qu'une entreprise disposant d'un pouvoir de marché sur l'un de ces marchés de produits fait l'acquisition d'une entreprise opérant sur l'autre marché, elle peut avoir la capacité et l'intérêt à mettre en place une stratégie anticoncurrentielle de vente liée ou groupée de ces deux produits et ainsi verrouiller la concurrence sur cet autre marché. Dans le cas des fusions verticales, il convient de déterminer si l'entreprise issue de la fusion aura à la fois la capacité et un intérêt à exclure la concurrence.

65. Tel qu'abordé lors d'une récente table ronde de l'OCDE, les effets congloméraux suscitent de plus en plus d'inquiétudes dans les marchés numériques (OCDE, 2020_[19]). Les effets de réseau et l'utilisation des données sur les plateformes numériques peuvent rendre les marchés particulièrement vulnérables aux effets anticoncurrentiels des conglomérats.

2.3.5. Acquisitions partielles

66. Les prises de participations peuvent également avoir une incidence sur la concurrence (et générer des gains d'efficacité) (Salop et O'Brien, 2000^[20]). Les acquisitions partielles ne sont pas nécessairement couvertes par l'ensemble des dispositifs de contrôle des fusions, mais elles sont soumises au même critère de concurrence que les fusions complètes dans la plupart des régimes de concurrence. Les acquisitions partielles peuvent globalement susciter les mêmes préoccupations en matière de concurrence, qu'il s'agisse d'effets unilatéraux, coordonnés, verticaux ou congloméraux. Suivant le régime juridique applicable, il est toutefois possible que le mécanisme sous-jacent soit quelque peu dilué et déterminer l'effet et la portée du seuil de concurrence pertinent peut s'avérer plus difficile.

67. Il existe principalement trois mécanismes par lesquels les acquisitions partielles peuvent affecter la concurrence. D'abord, les prises de participation peuvent octroyer un degré de contrôle non négligeable sur une autre entité, même avec une participation inférieure à 50 %, si les autres participations sont fortement dispersées. L'acquéreur serait alors en mesure d'orienter le processus de prise de décision de la cible, de la même manière que dans le cadre d'une fusion complète (mais sans certains des gains d'efficacité inhérents à une intégration). Ensuite, la détention de parts d'une entreprise concurrente (ou d'un client ou fournisseur en relation verticale) peut influencer sur les incitations. Plutôt que d'augmenter les bénéfices de l'entreprise acquéreuse, les actionnaires chercheront suite à l'acquisition à augmenter les bénéfices pour l'ensemble des participations combinées. De la même manière que l'acquisition complète de l'entreprise B par l'entreprise A crée une pression à la hausse sur les prix à travers le report des ventes et des bénéfices lorsqu'une augmentation des prix pratiqués par B pousse certains consommateurs à se tourner vers A, les prises de participation permettent une récupération partielle des bénéfices non réalisés. Associée à un contrôle renforcé, une prise de participation peut ainsi avoir des effets sur la concurrence encore plus préjudiciables qu'une acquisition complète, car lorsque des clients délaissent l'entreprise B au profit de l'entreprise A, l'entreprise acquéreuse en tire tous les avantages, tout en partageant les pertes avec l'ensemble des actionnaires. Enfin, il peut exister certaines possibilités de partage d'informations entre les différentes entités, ce qui facilite notamment l'apparition d'effets coordonnés.

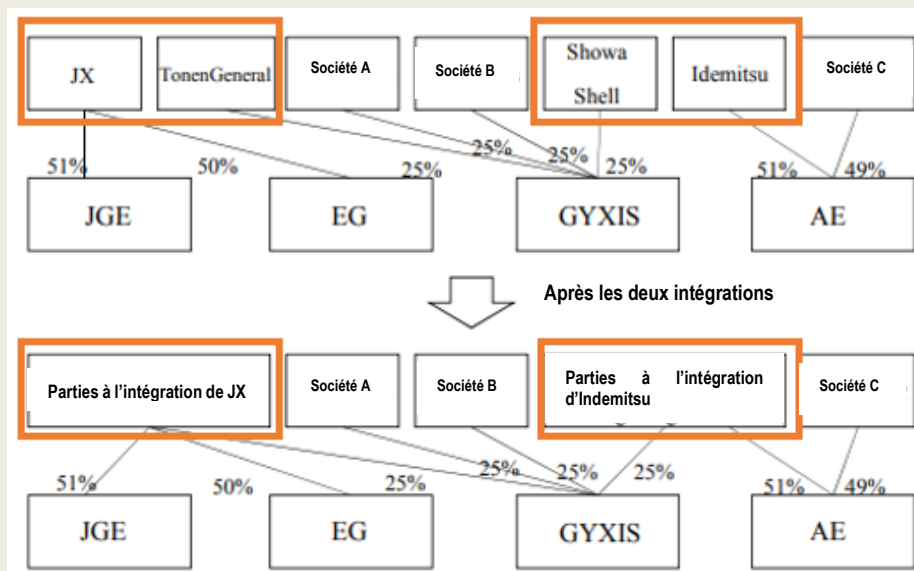
68. L'Encadré 3 aborde une situation relativement complexe à laquelle a été confrontée la Commission japonaise de la concurrence (*Japan Fair Trade Commission*, JFTC). Alors que les acquisitions horizontales impliquaient en soi des prises de participations, il fut convenu que toutes deux conféraient un certain degré de contrôle. Ces acquisitions entraînaient également un regroupement efficace des prises de participations verticales existantes.

Encadré 3. Examen des participations partielles Idemitsu/Showa Shell et JX/Tonen General par la JFTC (2016)

Deux intégrations impliquant des raffineurs de pétrole (JX/Tonen General et Idemitsu/Showa Shell) furent examinées conjointement par la JFTC. L'autorité de la concurrence craignait notamment l'apparition d'effets coordonnés entre distributeurs de GPL (JGE, EG, GYXIS et AE) détenus partiellement par les parties à la fusion et leurs concurrents, tel qu'illustré dans le graphique ci-dessous. Alors qu'il existait, avant les intégrations, trois structures actionnariales différentes, les deux entités intégrées détiendraient alors, séparément ou ensemble, des participations dans tous les distributeurs. La part de marché combinée de ces entreprises dans le secteur de la distribution primaire de GPL s'élèverait ainsi à 80 % sur l'ensemble du Japon, et à plus de 90 % dans certains blocs régionaux. L'une des craintes de la JFTC était que les tarifs de ces distributeurs de GPL puissent être partagés par l'intermédiaire de leurs actionnaires communs.

Pour analyser l'incidence de ces intégrations sur le prix du propane (un type de gaz de pétrole liquéfié) de chacun des quatre distributeurs de GPL, la JFTC réalisa une analyse économique en s'appuyant sur le modèle PCAIDS (*proportionally calibrated almost ideal demand system*), tout en tenant compte de la structure de la participation partielle décrite dans le graphique ci-dessous.

Cette analyse révéla que les transactions pourraient entraîner une augmentation de 2 à 6 % des tarifs de certains distributeurs de GPL. La JFTC conclut ainsi que ces intégrations pourraient, par le biais de pratiques coordonnées entre les quatre distributeurs de GPL, limiter la concurrence de manière significative dans le secteur de la distribution de GPL.



Source : décision de la JFTC dans les affaires Idemitsu/Showa Shell et JX/Tonen General (2016), https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/dec/161219_files/161219.pdf.

3. Analyse économique des fusions

69. Toutes les fusions sont différentes et l'analyse économique des fusions devra s'avérer pertinente à chaque situation particulière. La nature des analyses quantitatives et qualitatives qui seront pertinentes dans le cadre d'un contrôle des fusions spécifique dépendra, d'une part, des questions auxquelles ces analyses devront répondre, que ce soit pour réfuter ou appuyer les théories du préjudice, et, d'autre part, des données et informations disponibles à ces fins.

70. La présente section est consacrée à l'examen des sources potentielles de données et des différentes techniques quantitatives susceptibles d'apporter une réponse aux questions soulevées dans le cadre d'une fusion, ainsi qu'à l'étude des types d'éléments d'appréciation qualitatifs pouvant contribuer à enrichir les analyses. Dans les deux cas, les économistes ont un rôle important à jouer.

3.1. Analyse quantitative

71. À elle seule, une analyse économique quantitative ne sera pour ainsi dire jamais suffisante. Même s'il conviendrait dans l'idéal de s'appuyer sur une simulation de fusion sur mesure qui intègre les caractéristiques réelles et pertinentes du marché, ce n'est en pratique jamais possible. Les données sont le plus souvent limitées, l'élaboration de modèles est un processus long dont la flexibilité dépend des hypothèses formulées et certains facteurs sont tout simplement trop difficiles, voire impossibles, à modéliser concrètement. Les solutions miracles qui garantissent une précision à toute épreuve n'existent pas. Les analyses économiques quantitatives peuvent néanmoins contribuer à réduire le champ d'action et éviter les approches trop aléatoires. Ce type d'analyse peut prendre de nombreuses formes. Il peut en outre contribuer à écarter les fusions qui ne devraient poser aucun problème en matière de concurrence et constituer une source importante de données qui pourront être associées à une analyse plus qualitative de preuves documentaires et par témoins dans le cadre de contrôles des fusions plus approfondis.

72. La nature de l'analyse quantitative qu'il sera possible de réaliser sera le plus souvent fonction des données disponibles. Il n'est toutefois pas concevable que les données seules déterminent le type d'analyse à réaliser simplement car elles le permettent ou que cette analyse présente un intérêt pour l'économiste concerné. Une analyse quantitative doit être correctement ciblée. L'enjeu consiste à déterminer à quelle question l'analyse doit tenter d'apporter une réponse et en quoi elle est utile dans l'analyse des incidences de la fusion sur la concurrence. Si l'insuffisance des données oblige à formuler des hypothèses, celles-ci devront être précises et fondées sur la réalité. Dans le cas contraire, leurs résultats n'auront aucune crédibilité.

73. Les économistes et les autorités de la concurrence peuvent adopter une approche stratégique et pragmatique du contrôle des fusions. Des études ont peut-être déjà été réalisées sur les marchés visés ou sur certains aspects de ces marchés (les caractéristiques de la demande peuvent par exemple donner des informations précieuses sur les effets de la fusion). Les expériences en situation réelle peuvent constituer une autre source intéressante de données. La fermeture temporaire d'un point de vente peut par exemple apporter des informations très instructives sur les substituts les plus proches de ce point de vente.

74. Quelle que soit la nature de l'analyse quantitative réalisée, celle-ci doit être précise, transparente et reproductible afin de garantir qu'elle pourra être contrôlée et soumise à des tests de résistance par l'ensemble des parties prenantes. Cette analyse doit en outre pouvoir être comprise par les décideurs, et leur présenter clairement les résultats obtenus et l'intérêt de ces travaux.

3.1.1. Données

75. Les données pouvant être exploitées dans les analyses quantitatives à l'appui du contrôle d'une fusion peuvent être des données préexistantes ou des données recueillies spécifiquement dans le cadre de ce contrôle. La nature et la portée d'une analyse quantitative dépendra la plupart du temps du type de données disponibles, ainsi que du temps nécessaire pour les rassembler et les nettoyer. Lorsque les délais le permettent, des enquêtes peuvent être mises en œuvre spécifiquement dans le but d'appuyer le contrôle d'une fusion.

76. Les entreprises parties à une fusion, leurs concurrents, leurs fournisseurs et leurs clients font partie des sources potentielles de données préexistantes. D'importants volumes de données seront recueillis par les entreprises elles-mêmes, en lien notamment avec leurs coûts, leurs tarifs, leurs ventes ou les appels d'offres qu'elles ont ou non remportés. Il est donc important de toujours bien comprendre le contexte dans lequel les données ont été collectées afin d'apprécier au mieux leur utilité et leurs limites.

77. Les données ne sont pas toujours organisées d'une manière qui permette aux économistes et autres spécialistes de les exploiter utilement, d'autant que les rassembler et les nettoyer peut s'avérer particulièrement chronophage. Cette étape est toutefois essentielle, même si elle est aussi celle qui demande le plus de temps. Une interprétation erronée des définitions, des unités de mesure, du calendrier et autres éléments des registres d'une entreprise peut fausser les résultats statistiques et donner lieu à des comparaisons trompeuses. Les demandes de données adressées aux entreprises doivent ainsi être aussi précises que possible pour garantir que les données recueillies aussi largement que possible sur le marché sont bien homogènes et comparables. Il sera par ailleurs dans bien des cas indispensable d'échanger avec les entreprises afin de comprendre la manière dont ces données sont recueillies et enregistrées. Il est également important de chercher la présence d'erreurs potentielles dans ces données, qu'il s'agisse d'erreurs de codage ou de données manquantes. Des données peu fiables entraîneront nécessairement des résultats peu fiables.

78. Dans certains cas, les données sont recueillies par des tiers auprès des entreprises d'un marché particulier, afin d'être par la suite agrégées et utilisées dans le calcul des parts de marché et autres indicateurs économiques. Dans d'autres cas, les tiers peuvent même recueillir des données auprès des fournisseurs, lesquelles données leur sont ensuite proposées sous forme de service, ce qui est en soi révélateur du fonctionnement de la concurrence sur un marché donné. En Australie, par exemple, le service Informed Sources assurait la collecte des données en temps réel des prix de détail de l'essence au niveau des points de vente et proposait l'accès à ces données. Ces dernières étaient ensuite utilisées pour analyser la concurrence locale dans le cadre du contrôle des fusions sur les marchés de la vente au détail d'essence. Ce même service de traitement des données fut également considéré comme facilitant la coordination des prix²⁹.

79. D'autres données peuvent être recueillies pour le compte des entreprises par des sociétés d'étude de marché. Les informations dont souhaitent généralement disposer les fournisseurs sur le comportement des consommateurs dans un marché et sur leurs propres clients sont les mêmes informations dont les autorités de la concurrence et leurs économistes ont besoin dans le cadre des procédures de contrôle des fusions. Il peut notamment s'agir d'informations sur les points de vente fréquentés par les consommateurs et leurs motivations, sur les caractéristiques des produits qui comptent pour eux, sur leur comportement de recherche et de changement de prestataire, de fournisseur ou d'offre, etc.

80. Les données obtenues par lecture optique en point de vente (données scannées) constituent une autre source populaire de données sur le comportement des consommateurs, puisqu'elles offrent des informations sur les prix et les quantités, y compris sur l'impact des prix promotionnels sur les habitudes d'achat des clients dans les points de vente au détail ou lors d'achats en ligne. La multitude de cartes de crédit et de fidélité disponibles peut également fournir des informations particulièrement utiles, puisqu'elles établissent notamment un lien entre la répartition géographique des achats et le lieu de résidence.

81. Les données recueillies par les instituts statistiques nationaux peuvent parfois présenter un intérêt pour le contrôle des fusions. Par exemple, les données sur les coûts et les ventes obtenues dans le cadre d'études sectorielles sur le commerce de détail pourraient servir de base à une analyse de la perte critique. D'autres administrations peuvent également recueillir des données pertinentes à certains marchés, comme cela est souvent le cas dans les secteurs réglementés ou partiellement réglementés (secteurs de l'énergie et des télécommunications, par exemple).

82. La réalisation d'une enquête aux fins du contrôle des fusions (généralement auprès des consommateurs) demande du temps et des ressources considérables. Lorsque les délais le permettent, ces enquêtes permettent parfois de combler d'importantes lacunes en matière d'informations, lesquelles peuvent s'avérer essentielles pour déterminer les incidences potentielles d'une fusion sur la concurrence. Elles peuvent également apporter un éclairage précieux sur certains aspects comme les caractéristiques démographiques des clients, leurs comportements de recherche et de changement de prestataires, les facteurs qui déterminent leurs choix, leur situation géographique, les mécanismes de substitution entre canaux ou encore l'étroitesse de la concurrence.

83. Il importe de souligner que la conception d'enquêtes demande des compétences particulières, dont la plupart des autorités de la concurrence ne disposent pas en interne. Savoir poser des questions précises et facilement compréhensibles n'est aussi simple qu'il y paraît et une même question peut produire des résultats bien différents suivant la manière dont elle est formulée. Les questions portant sur le comportement effectif des consommateurs sont généralement plus fiables que les questions s'appuyant sur des scénarios hypothétiques mais, dans les cas où ces dernières sont incontournables, elles doivent être aussi parlantes que possible pour les participants à l'enquête. Le profil des consommateurs interrogés, le moment où les questions sont posées ou encore le nombre de questions nécessaires pour obtenir les réponses les plus fiables sont également des facteurs importants à prendre en considération.

84. Il sera le plus souvent préférable de confier la réalisation des enquêtes à une société d'étude de marché extérieure, qui disposera donc des compétences adéquates pour mener à bien cette tâche. Cela ne veut toutefois pas dire que l'autorité de la concurrence doive se contenter d'établir un ordre de mission et d'attendre passivement les résultats. Les autorités de la concurrence devront au contraire travailler en étroite collaboration avec ces prestataires extérieurs pour s'assurer qu'ils comprennent bien l'objet de leur mission et établir un dialogue permanent sur l'élaboration de l'enquête et sa mise en œuvre. Il conviendra par ailleurs de partager le projet d'enquête avec les parties à la fusion, notamment afin d'éviter que les résultats ne soient potentiellement biaisés.

Encadré 4. Examen de la fusion The Original Bowling Company Ltd / Bowlplex Ltd par la CMA (2015)

En 2015, l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority*, CMA) examina un projet de fusion entre deux exploitants de salles de bowling. La CMA conclut qu'il existait un risque non négligeable que cette fusion n'entraînât une diminution significative de la concurrence dans six zones locales et accepta les engagements des parties concernées à céder six sites afin de dissiper les inquiétudes. La CMA estimait que, dans les six zones visées, les parties étaient en étroite concurrence et qu'une fusion ne laisserait que peu de place à des concurrents potentiels.

Dans le cadre son analyse, la CMA s'appuya sur des données d'enquête fournies par les parties concernant les ratios de diversion (abordés ci-après) entre les parties, et autres exploitants de salles de bowling et installations de loisir. Cet exemple illustre bien certaines des difficultés liées à l'utilisation de données d'enquête. Cette dernière fut en effet réalisée sans que la CMA ne soit consultée. L'autorité de la concurrence exprima néanmoins ses inquiétudes sur la méthode d'échantillonnage et la conception même du questionnaire. La CMA s'inquiétait notamment du fait que le questionnaire proposait aux participants une liste d'activités de loisir autres que le bowling peu avant une question de diversion forcée, ce qui pourrait avoir conditionné les participants à réfléchir à ces alternatives plutôt qu'à un autre complexe de bowling en cas de fermeture de leur salle de bowling de prédilection. Le recours à ce type de question de diversion forcée pourrait également avoir incité les participants à envisager un choix plus large d'options, plutôt que leur second choix naturel qu'une question de diversion aurait normalement dû chercher à identifier. Alors que les parties avancèrent que les données d'enquête donnaient sûrement une impression exagérée de la diversion vers d'autres salles de bowling, la CMA considéra que la diversion vers d'autres salles de bowling était à l'inverse sûrement sous-estimée, contrairement à la diversion vers d'autres activités de loisir.

Ces données montraient en réalité l'importance des prix et de la situation géographique dans le choix des consommateurs. Sur cette base, la CMA décida d'examiner la concurrence au niveau local en s'appuyant sur les informations relatives aux bassins de clientèle (abordés ci-après) et au chevauchement de ces zones. La CMA analysa la concurrence locale sur la base des bassins de clientèle par durée de trajet en voiture, lesquels couvraient 80 % des clients, et identifia 16 points de chevauchement. Dans le cas des lieux pour lesquels aucune information sur les clients n'était disponible, la CMA utilisa un bassin de clientèle correspondant à une durée de trajet de 25 minutes autour des installations des parties (représentant ainsi des bassins de clientèle moyens couvrant 80 % des clients), puis elle agrandit ces zones à un périmètre de 40 minutes de trajet afin de tester la sensibilité des résultats.

Malgré les défauts de cette enquête, la CMA réalisa une estimation du GUPPI (abordé ci-après) à partir des ratios de diversion proposés par l'enquête, différents en fonction des zones géographiques, ainsi que des informations disponibles sur les marges des parties. D'après cette estimation, il existait d'important risques d'effets unilatéraux dans les six zones ciblées, avec un GUPPI situé entre 7 et 29 %.

Source : analyse de la CMA du projet d'acquisition de Bowlplex Ltd par The Original Bowling Company Ltd, <https://www.gov.uk/cma-cases/the-original-bowling-company-bowlplex-merger-inquiry>.

85. Il peut arriver que les parties à la fusion elles-mêmes diligentent des enquêtes afin d'appuyer leurs demandes d'autorisation préalable à une fusion. Il est important que ce type d'enquête ne souffre d'aucun biais, notamment sur le plan de l'échantillonnage ou de la formulation des questions. Dans l'exemple abordé dans l'Encadré 4, les parties à la fusion ont elles-mêmes réalisé une enquête, laquelle a toutefois suscité des inquiétudes auprès de l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority*, CMA) relativement à l'échantillon utilisé et à la conception du questionnaire.

86. La CMA dispose certainement de l'expérience la plus solide en matière d'enquêtes réalisées aux fins du contrôle des fusions. Elle a ainsi publié un guide particulièrement détaillé sur l'utilisation des données d'enquête sur les consommateurs dans les affaires de fusion (CMA, 2018_[21]). Entre autres questions importantes, ce guide aborde par exemple l'identification des populations pertinentes, la méthode d'échantillonnage et d'interrogation, ou encore la conception des questionnaires et leur pilotage, mise en œuvre et suivi.

3.1.2. *Techniques quantitatives diverses*

87. Cette section offre un aperçu des différentes techniques quantitatives qui peuvent s'avérer utiles dans le cadre du contrôle des fusions.

Statistiques descriptives

88. Avant de présenter des techniques quantitatives plus avancées, il convient de noter qu'il existe de nombreuses statistiques descriptives susceptibles d'apporter un éclairage général sur le ou les marchés visés. Même si les statistiques descriptives utiles dépendront d'un marché à l'autre, les plus pertinentes seront souvent :

- les parts de marché et la concentration (y compris leur évolution dans le temps) ;
- la part des importations dans le marché ;
- la structure des coûts et l'utilisation des capacités ;
- les dépenses consacrées aux activités de recherche et de développement ;
- le volume et la valeur des transactions, et la durée des contrats ;
- les habitudes d'achat des consommateurs et le comportement de recherche et de changement de prestataire, de fournisseur ou d'offre ; et
- les stratégies tarifaires et non tarifaires, et les réactions des consommateurs et fournisseurs.

89. Ces statistiques donnent des indications importantes sur la nature du marché et peuvent servir de base à l'utilisation d'autres techniques quantitatives abordées ci-dessous. À titre d'exemple, les informations sur les prix et les coûts peuvent servir à calculer la perte critique, tandis que les informations sur le comportement des consommateurs peuvent contribuer à déterminer si la perte effective dépassera ou non la perte critique.

90. L'Encadré 5 propose deux exemples de l'exploitation de statistiques descriptives dans le but d'examiner la nature des interactions concurrentielles dans les marchés. Le premier concerne des effets unilatéraux dans le secteur de la confiserie en Europe, le second des effets coordonnés dans le secteur de la vente au détail d'essence en Australie.

Encadré 5. Utilisation de statistiques descriptives dans des affaires ciblant des effets unilatéraux et coordonnés

Effets unilatéraux dans le marché du chocolat

La fusion Kraft/Cadbury, évaluée par la Commission européenne en 2010, illustre la manière dont une analyse descriptive des données sur l'évolution des prix et des ventes peut contribuer à mieux comprendre la nature de la concurrence sur un marché. Kraft et Cadbury étaient tous deux des acteurs majeurs dans le secteur de la confiserie dans l'Union européenne, avec des positions différentes selon chaque État membre (tous considérés comme des marchés géographiques différents). Une analyse descriptive réalisée par Nielsen à partir des données sur les prix et les ventes a montré que Kraft et Cadbury n'étaient pas les concurrents les plus proches, dans la mesure où il n'existait qu'un lien très limité entre l'évolution des parts de marché de Kraft et celles de Cadbury. Au Royaume-Uni, par exemple, où Cadbury disposait d'une part de marché conséquente, les données montraient que Cadbury Dairy Milk avait récemment perdu d'importantes parts de marché au cours des dernières semaines, alors que Mars Galaxy avait gagné des parts de marché dans les mêmes proportions au cours de la même période. Les marques détenues par Kraft, comme Toblerone, n'avaient quant à elles pas enregistré d'évolution significative. Ces informations laissaient donc penser que la concurrence entre Cadbury Dairy Milk et Mars Galaxy (deux barres chocolatées historiques au Royaume-Uni) était plus intense que la concurrence entre Cadbury Dairy Milk et Toblerone par exemple (une barre chocolatée de style plus européen présentée dans un emballage caractéristique en forme de prisme droit à base triangulaire). En France, les données montraient que la marque Poulain de Cadbury (tablettes de chocolat noir principalement) avait baissé ses prix de manière notable depuis 2008. Suite à cette baisse, aucune modification du prix, des ventes ou des campagnes promotionnelles ou publicitaires n'avait été observée pour la marque principale de Kraft en France, Milka (tablettes de chocolat au lait principalement), ce qui suggérait que Poulain n'exerçait probablement pas une pression concurrentielle suffisante sur Milka. À l'inverse, les ventes des marques de distributeurs avaient été impactées par la baisse des prix de la marque Poulain.

Source : décision de la Commission européenne du 6 janvier 2010, affaire COMP/M.5644 – Kraft Foods / Cadbury, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5644_20100106_20212_en.pdf.

Effets coordonnés dans les marchés de la vente au détail d'essence

La fusion Caltex/Mobil, examinée en 2009 par la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (*Australian Competition and Consumer Commission*, ACCC) a impliqué l'analyse d'un volume très important de données particulièrement détaillées sur les tarifs de vente au détail d'essence, lesquelles données étaient fournies à Informed Sources, site par site et à une fréquence de 15 minutes minimum, par les parties et autres détaillants. Ces données ont permis à l'ACCC d'observer la nature des cycles réguliers des prix, qui sont une caractéristique des marchés de la vente au détail d'essence dans les grandes métropoles australiennes. L'analyse réalisée s'est appuyée sur l'association des données détaillées de tarification et de documents décrivant la manière dont celles-ci étaient utilisées notamment par les parties à la fusion. Les prix augmentaient en l'espace d'une journée (phase de restauration) sur l'ensemble des zones métropolitaines, puis baissaient à nouveau progressivement en dents de scie sur une période d'une semaine (phase de vente au rabais), avec des remises le plus souvent appliquées sur une base plus localisée.

L'un des principaux détaillants mettait généralement en œuvre cette augmentation de prix sur l'ensemble de ses sites. Cette information était alors diffusée par le biais d'Informed Sources, à la suite de quoi les autres détaillants augmentaient eux aussi leurs prix. L'entreprise à l'initiative de l'augmentation des prix était alors en mesure d'observer si d'autres détaillants lui emboîtaient ou non le pas. Si d'autres détaillants étaient tentés de retarder l'augmentation de leurs prix pour bénéficier d'un avantage à court terme sur les volumes, ils prenaient le risque que l'entreprise à l'initiative de l'augmentation des prix décide de revenir sur sa décision. La fusion aurait par conséquent entraîné un accroissement significatif des parts de marché de Caltex, l'une des entreprises déjà à l'initiative d'augmentations des prix. L'ACCC estima que d'autres acheteurs d'actifs de détail (dont certains n'étaient pas clients du service Informed Sources) étaient plus enclins à perturber les restaurations tarifaires et à représenter un réel avantage pour les consommateurs (qui n'avaient pas non plus accès à Informed Sources).

Source : évaluation publique de la concurrence de l'ACCC du 9 février 2010, <https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/D10%2B2899903.pdf>.

Élasticités et ratios de diversion

91. Les élasticités sont une mesure de la réactivité d'un facteur par rapport à un autre, exprimée en pourcentage de variation d'un facteur en réaction au pourcentage de variation de l'autre facteur. Pour définir un marché à l'aide du test du monopoleur hypothétique (ou test SSNIP), il convient de s'intéresser à l'élasticité de la demande en réaction au prix pour le marché cible. L'« élasticité-prix directe de la demande » correspond au niveau de baisse de la demande en réaction à une hausse des prix sur le marché concerné. Plus le nombre de substituts disponibles est important, plus l'élasticité-prix directe de la demande tend à augmenter. Des mesures d'élasticité-prix directe peuvent déjà être disponibles pour certains marchés cibles, même si cet indice ne permet pas en soi de déterminer si un marché cible est trop restreint (ou trop grand). Il est important de savoir quel niveau de substitution est suffisant pour rendre une SSNIP non rentable, soit le seuil d'« élasticité critique » (voir ci-dessous, dans la section relative à l'analyse de la perte critique).

92. D'autres types d'élasticités peuvent également constituer des points de référence utiles pour délimiter le marché pertinent. Grâce aux élasticités-prix croisées, mesurant la réactivité de la demande pour un produit en fonction du prix d'un autre produit, il est possible de savoir si deux produits sont en réalité des substituts (élasticité-prix croisée positive) ou s'ils sont complémentaires (élasticité-prix croisée négative). Une élasticité-prix croisée positive ne permet toutefois pas de déterminer si le degré de substitution sera *suffisant* à partir d'un marché de produits A pour nécessiter l'intégration du produit B dans le marché. Même une réaction importante en termes de demande pour le produit B peut s'avérer faible en valeur absolue et relativement à la demande pour le produit A si le niveau de demande de base pour le produit B est limité.

93. Les ratios de diversion identifient quant à eux où la demande est transférée en cas d'augmentation des prix. Ils constituent par ailleurs une mesure de l'étroitesse de la concurrence entre produits ou entreprises, ainsi qu'une source d'informations utiles sur la délimitation des marchés et les effets unilatéraux. Le ratio de diversion d'un produit A vers un produit B indique, dans le cas d'une hausse du prix pour le produit (ou le fournisseur) A, quel pourcentage de ventes perdues sont transférées vers le produit (ou le fournisseur) B. Plus le ratio de diversion est élevé, plus la concurrence est étroite³⁰.

94. Le ratio de diversion permet de contourner les limitations de l'élasticité-prix croisée de la demande, puisqu'il tient compte du volume de basculement vers B relativement à la taille d'A plutôt que de B. Exprimé de manière plus formelle, il s'agit du rapport d'élasticité-prix croisée de la demande pour B en réaction au prix d'A et de l'élasticité-prix directe de la demande pour le produit A, multiplié par le rapport entre les quantités d'A et de B, soit :

$$D_{AB} = E_{BA} / E_{AA} \times Q_B / Q_A$$

95. Les élasticités-prix croisées de l'offre peuvent également permettre d'identifier une potentielle substitution du côté de l'offre. L'élasticité-prix directe de l'offre sera particulièrement utile pour l'évaluation des effets unilatéraux dans les marchés de biens homogènes : si des entreprises concurrentes présentent des courbes d'offre fortement élastiques sur la période ciblée, les effets unilatéraux seront difficiles à supporter.

Analyse de la perte critique

96. L'analyse de la perte critique est une technique qui peut aider à la mise en œuvre du test du monopoleur hypothétique dans le cadre de la définition du marché (Harris et Simons, 1989^[22]). Elle permet en effet de traduire en termes opérationnels un critère relativement abstrait et d'obtenir ainsi des éléments plus concrets et précis. La perte critique (PC) indique le degré de substitution nécessaire pour rendre non rentable une SSNIP par un monopoleur hypothétique pour un produit et un espace géographique donnés. Les ventes perdues suite à une SSNIP entraîneront un manque à gagner, mais la SSNIP permettra une augmentation des bénéfices sur les ventes restantes. Si ces bénéfices représentent un gain supérieur au manque à gagner, alors l'augmentation de prix devient rentable.

97. De la même manière, la PC dépend de l'ampleur de la SSNIP et de la marge de contribution (MC)³¹ pour le monopoleur hypothétique visé :

$$PC = SSNIP / (SSNIP + MC)$$

Où :

$$MC = (P - MC) / P$$

98. En pratique, même si les données sur les prix (ou les bénéfices moyens) sont disponibles, les données relatives aux coûts marginaux ne le seront généralement pas, auquel cas on aura recours aux coûts variables moyens. Il sera souvent difficile d'identifier quels coûts sont variables et quels coûts sont fixes, et il s'avérera donc utile d'établir une fourchette de valeurs pour la perte critique.

99. Quelle que soit la SSNIP, plus la MC sera élevée plus la perte critique nécessaire pour rendre la SSNIP non rentable sera faible. La logique sous-jacente est que plus la MC est élevée plus les bénéfices et la contribution aux coûts fixes qui seront perdus suite à la baisse des ventes due à une SSNIP seront eux aussi élevés. Par conséquent, quelles que soient la SSNIP et l'augmentation associée des bénéfices sur les ventes restantes, plus la MC est élevée plus la perte de ventes nécessaire pour constituer une perte de bénéfices équivalente sera faible. Toute PC correspond en somme à une « élasticité critique » de la demande.

100. Le calcul de la PC ne permet toutefois pas de déterminer si la perte effective est susceptible d'être supérieure ou inférieure à la perte critique. Si elle était supérieure, la SSNIP serait vraisemblablement non rentable, mais si elle devait être inférieure, la SSNIP deviendrait alors rentable. L'ampleur de la perte effective est fonction de l'élasticité de la demande sur l'ensemble de la SSNIP pour le marché visé. Dans certains cas, des estimations des élasticités-prix (ou des élasticités-prix croisées) peuvent être disponibles,

mais il conviendra le plus souvent de s'appuyer sur des enquêtes ou sur des informations qualitatives sur les marchés.

101. Il est également essentiel de bien comprendre le lien qui existe entre la marge de contribution, l'élasticité de la demande et le prix d'optimisation du bénéfice pour l'entreprise considérée isolément (par opposition au monopoleur hypothétique). Une entreprise cherchant à optimiser ses bénéfices et qui définit ses prix de manière unilatérale le fera à un niveau déterminé par l'« indice de Lerner », par lequel :

$$(P - MC) / P = MC = 1 / \acute{E}d$$

Où :

$\acute{E}d$ = la valeur absolue de l'élasticité-prix directe de la demande pour l'entreprise

102. L'indice de Lerner montre que plus l'élasticité de la demande d'une entreprise est faible, plus elle définira sa marge de contribution pour augmenter ses bénéfices. La relation entre la MC et l'élasticité effective de la demande pour l'entreprise pourrait suggérer un certain niveau de circularité dans le calcul de la perte critique (plus la perte critique est importante, plus faible est la perte effective), au risque toutefois de ne pas faire de distinction entre l'entreprise isolée et le monopoleur hypothétique. Si une entreprise optimise déjà ses bénéfices, une SSNIP ne sera pas rentable, mais cela ne s'applique pas à un monopoleur hypothétique contrôlant des sources d'approvisionnement de substitution, se traduisant ainsi par une baisse de l'élasticité-prix directe de la demande³². L'élasticité de la demande pour le monopoleur hypothétique sera plus faible que l'élasticité de la demande pour une entreprise isolée (à moins que le monopoleur hypothétique soit également un monopoleur réel).

103. L'Encadré 6 présente l'exemple du recours par la KFTC de l'analyse de la perte critique dans son examen de la fusion Hite/Jinro (2006), laquelle avait suscité d'importants débats sur la question du marché pertinent des produits.

Encadré 6. Analyse de la perte critique réalisée par la KFTC pour la fusion Hite/Jinro fusion (2006)

Afin d'identifier les marchés pertinents dans la fusion Hite/Jinro, l'autorité coréenne de la concurrence (*Korean Fair Trade Commission*, KFTC) décida de réaliser une analyse de la perte critique. Hite et Jinro étaient deux importants producteurs de boissons alcoolisées, assurant respectivement plus de 50 % de la production de bière et de *soju* en Corée. La définition du marché de produits s'est imposée comme un enjeu essentiel dans cette affaire, puisqu'il s'agissait de déterminer si la bière et le *soju* appartenaient au même marché de produits.

La KFTC réalisa donc une analyse de la perte critique séparée pour le *soju* et pour la bière. Dans le cas du *soju*, la perte critique fut calculée en fonction de la marge de Jinro, qui en était le principal producteur. Dans le cas de la bière, la perte critique fut calculée à partir d'une moyenne pondérée des marges d'Hite et de ses concurrents. La perte effective fut estimée sur la base d'une enquête réalisée auprès des consommateurs.

L'analyse, résumée dans le tableau ci-dessous, mit en évidence que la perte effective serait probablement supérieure à la perte critique en cas d'augmentations des prix entre 5 et 10 %. La KFTC décida par conséquent que les marchés du *soju* et de la bière étaient des marchés distincts.

Augmentation des prix	Soju		Bière	
	Perte critique	Perte effective	Perte critique	Perte effective
5 %	14.3 %	5.6 %	15.3 %	13.2 %
10 %	25 %	10.6 %	26.5 %	22.1 %

Source : décision de la KFTC n° 2006-009, 24 janvier 2006 ; OCDE (2011, p. 171_[23]).

104. Il convient de noter que l'analyse de la perte critique souffre de deux limitations importantes. D'une part, elle présuppose que l'augmentation de prix sera uniforme. Or, en cas de différenciation géographique ou des produits, une augmentation non uniforme des prix peut s'avérer rentable, à l'inverse d'une augmentation uniforme. Les prix pourraient par exemple être augmentés au « cœur » du marché visé afin de générer des bénéfices, si les marges sur les ventes perdues sont récupérées par un basculement vers des produits en marge du marché visé³³. D'autre part, lorsqu'une SSNIP n'est pas rentable, une augmentation supérieure des prix peut avoir un intérêt financier dans la mesure où elle écarte les clients marginaux dont la demande présente une forte élasticité, mais permet de réaliser des marges importantes auprès des clients restants en raison de la faible élasticité de la demande (Pittman, 2017_[24]).

Corrélation des prix ou des quantités

105. La corrélation des prix indique dans quelle mesure les prix de deux produits évoluent conjointement. Cet élément de l'analyse quantitative est relativement facile à utiliser et peut apporter un éclairage intéressant, même s'il n'est le plus souvent que purement indicatif.

106. Bien qu'une corrélation positive avérée entre les prix de deux produits puisse signifier que ces produits sont des substituts, d'autres facteurs courants peuvent être à l'origine de cette corrélation. Par exemple, l'utilisation des mêmes intrants peut faire en sorte que les prix de deux produits, ou de deux fournisseurs, soient étroitement liés, même s'il existe seulement un faible degré de substitution entre eux, voire aucune substitution possible. Les prix du lait et des yaourts peuvent être corrélés car ces produits sont dérivés d'une même matière première, mais ils ne sont pas nécessairement des produits substituables proches. Des produits identiques desservis dans des marchés géographiquement éloignés auront pratiquement les mêmes intrants et leurs prix pourront être étroitement liés, mais rien ne garantit qu'il s'agira de produits substituables proches, en raison notamment des coûts de transport.

107. À l'inverse, une corrélation négative ou l'absence totale de corrélation entre les prix de deux produits peut suffire à écarter toute possibilité de substitution. Toutefois, même dans ce cas, il faudra veiller à ce que l'analyse ne soit pas trop sommaire et ne néglige pas certains aspects importants, comme les délais d'ajustement des prix. Il se peut également que certains produits soient des substituts du côté de la demande, alors que leurs intrants sont très différents. Si le coût d'un ensemble donné d'intrants augmente, le prix de concurrence pour le produit concerné connaîtra lui aussi une augmentation. Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que les deux produits n'étaient pas des produits substituables proches, mais que leurs possibilités relatives de substitution ont peut-être évolué.

108. Des analyses de prix plus sophistiquées peuvent également être réalisées (modèles de correction d'erreur, analyses de co-intégration, etc.), mais elles aussi ont leurs limites. Il est donc important de toujours comprendre les limites de l'analyse et d'en vérifier la cohérence par le biais d'autres éléments d'appréciation.

109. Une corrélation négative entre les volumes de produits peut être indicative d'un changement de prestataire, de fournisseur ou d'offre de la part des consommateurs. Ce changement peut toutefois simplement être le fait d'une évolution des préférences plutôt que d'une interaction concurrentielle. Un transfert de la demande du thé et du café vers les boissons gazeuses peut par exemple refléter le passage à une saison où les consommateurs se détournent généralement des boissons chaudes au profit des boissons fraîches. Cela ne veut pas nécessairement dire que les fournisseurs de thé et de café seraient contraints de ne pas augmenter les prix par substitution en faveur des boissons gazeuses. De la même manière, un transfert des ventes des magasins physiques aux achats en ligne n'entraîne pas nécessairement une forte contrainte concurrentielle des points de vente en ligne sur les prix pratiqués par les magasins physiques si ce basculement est motivé par d'autres facteurs.

Coûts de transport, données de livraison et critère d'Elzinga-Hogarty

110. Dans le cas des marchés géographiques, les coûts de transport seront souvent déterminants pour identifier quels fournisseurs sont des substituts proches. Si les coûts de transport sont « élevés » proportionnellement au prix du produit, il est peu probable que les fournisseurs concernés soient des substituts proches. Se pose alors la question de ce qui constitue réellement des coûts « élevés », même si l'important reste en fin de compte de savoir si la substitution sera suffisante pour limiter une éventuelle SSNIP. C'est justement dans ce cas que l'analyse de la perte critique montre toute son utilité et que tous les autres éléments d'appréciation qualitatifs et quantitatifs (y compris les coûts de transport relatifs) peuvent être exploités pour déterminer si la perte effective est susceptible de dépasser la perte critique.

111. Les données de livraison entre zones géographiques peuvent quant à elles indiquer le niveau de concurrence qui existe actuellement entre différentes sources d'approvisionnement. Le critère d'Elzinga-Hogarty (EH) définit des seuils sous la forme des indicateurs LIFO (*little in from outside*, « peu d'entrées ») et LOFI (*little out from inside*, « peu de sorties ») (Elzinga et Hogarty, 1973^[25] ; Elzinga et Hogarty, 1978^[26]). Si ces deux indicateurs sont inférieurs à 25 % (critère faible) ou à 10 % (critère fort), on peut considérer qu'il existe bien un marché géographique pertinent. Bien que ce critère puisse constituer un point de référence intéressant, il ne s'agit que d'une mesure statique des flux de produits actuels qui ne permet pas nécessairement de déterminer de quelle manière évalueraient l'offre et la demande suite à une modification des prix relatifs. Le critère d'EH a beaucoup été utilisé par le passé dans le cadre de fusions entre établissements hospitaliers aux États-Unis. Les marchés géographiques définis étaient vastes et ne présentaient apparemment que de faibles niveaux de concentration. Des augmentations de prix postérieures aux fusions furent toutefois souvent observées. Le recours au critère d'EH était dans ces cas précis particulièrement problématique dans la mesure où les prix étaient négociés entre les hôpitaux et les assureurs, et les flux de patients (utilisés pour le critère d'EH) étaient définis ultérieurement, sans corrélation avec les prix (Capps, Dranove et Zabinski, 2017^[27]).

Isochrones et bassins de clientèle

112. Dans le cadre des fusions de détaillants, et notamment de points de vente physiques, la localisation géographique est souvent une dimension importante de la concurrence (CMA, 2017^[28]). Des points de vente peuvent être des substituts proches pour les consommateurs s'ils sont accessibles dans un périmètre défini en termes de distance ou de temps de trajet à pied ou en voiture autour du domicile ou du lieu de travail des consommateurs (ou par lequel ils transitent). La distance ou durée de trajet pertinente sera fonction de chaque marché de produits et de la géographie des zones concernées. À titre d'exemple, les résidents des centres-ville peuvent ne considérer comme substituts proches que les magasins d'alimentation situés en proximité immédiate de leur domicile, alors que les habitants de zones rurales peuvent être plus enclins à parcourir des distances supérieures.

113. Un bassin de clientèle correspond à une zone depuis laquelle un point de vente au détail attire un pourcentage défini de ses clients. Un bassin de clientèle de 80 % correspond à la zone autour d'un point de vente d'où proviennent 80 % de ses clients. Ces zones seront le plus souvent représentées schématiquement sous la forme de cercles autour du point de vente. Ainsi, lorsque les données relatives aux consommateurs indiquent que 80 % d'entre eux vivent à moins de 5 km du point de vente, un cercle d'un rayon de 5 km sera utilisé comme mesure approximative. Certains ajustements peuvent en outre être opérés sur la base d'informations spécifiques, comme l'existence de freins aux déplacements. Lorsque des bassins de clientèle se recoupent, il est fort probable que les points de vente concernés soient considérés comme des substituts, au moins pour une partie des consommateurs.

114. La durée de trajet sera souvent le facteur déterminant dans le choix d'un point de vente pour les consommateurs. On appelle isochrone la ligne qui relie tous les points séparés d'un point de vente au détail par une même durée de trajet. Par exemple, un isochrone de 10 minutes relie tous les lieux qui se trouvent à 10 minutes en voiture d'un point de vente. Il est ainsi possible de tracer plusieurs lignes de démarcation autour de chaque point de vente au détail en fonction de différents temps de trajet en voiture. Les données d'enquêtes ou autres sources sur le consentement des clients à se déplacer peuvent être associées aux isochrones afin de déterminer le niveau de concurrence possible entre différents points de vente. Lorsque les bassins de clientèle présentent des particularités topographiques, les isochrones s'avéreront plus efficaces pour délimiter ces bassins que de simples distances à vol d'oiseau.

115. Les informations relatives à la superposition des bassins de clientèle des différents points de vente des parties à une fusion sont souvent utilisées comme filtre dans le cadre des fusions de détaillants pour lesquels les dimensions locales jouent un rôle important en matière de concurrence (supermarchés, stations-service, cinémas, etc.). L'Encadré 4 décrit l'exemple de la fusion de deux chaînes nationales de salles de bowling. Dans son analyse, la CMA s'est appuyée sur bassins de clientèle afin d'identifier et d'examiner les points de chevauchement.

116. Ces fusions peuvent impliquer un grand nombre de points de vente dont les bassins de clientèle se recoupent et qui pourraient donc entraîner l'apparition de problèmes de concurrence. Un indicateur relativement simple (comme le nombre de points de vente indépendants présents dans une zone suite une fusion) est souvent utilisé pour écarter les marchés locaux peu susceptibles de soulever des problèmes de concurrence, et ce, afin que les autorités compétentes puissent se concentrer sur une analyse plus approfondie des lieux potentiellement problématiques. L'Encadré 7 présente une étude de cas où la JFTC a justement utilisé ce type d'analyse par filtrage.

Pression à la hausse sur les prix et mesures affiliées

117. Si des entreprises assurant la fourniture de produits de substitution optimisaient déjà leurs bénéfices avant une fusion, il n'aurait pas été rentable pour elles d'augmenter leurs prix en raison d'une possible substitution au profit d'entreprises concurrentes. Cependant, si deux de ces entreprises (fournisseurs des produits A et B) venaient à fusionner, une source de substitution serait incorporée dans l'entreprise issue de la fusion : une augmentation de prix pour A entraînerait des ventes perdues pour A, mais une partie de ces ventes perdues seraient reportées sur B.

118. Les mesures de pression à la hausse sur les prix (PHP) associent des informations sur les ratios de diversion et sur les marges afin d'évaluer dans quelle mesure une fusion est susceptible de créer une « pression à la hausse sur les prix » du fait qu'elle rendrait cette augmentation de prix plus rentable après la fusion qu'avant la fusion (Farrell et Shapiro, 2010^[29]). La PHP offre une indication des modifications provoquées par la fusion et de la manière dont la disparition d'une contrainte concurrentielle peut renforcer la capacité de l'entreprise issue de la fusion à augmenter les prix. La PHP sur le produit de l'entreprise A qui est générée par la fusion avec l'entreprise B dépendra, d'une part, de la mesure dans laquelle les ventes perdues suite à une augmentation de prix pour A seront répercutées en ventes pour B (ratio de diversion) et, d'autre part, de la marge réalisée grâce à la récupération de ces ventes.

119. L'indice brut de pression à la hausse sur les prix (GUPPI, pour *gross upward pricing pressure index*) du produit A dans une fusion avec le produit B est défini de la manière suivante (Salop et Moresi, 2009^[30]) :

$$\text{GUPPI}_A = D_{AB} \times MC_B \times P_B / P_A$$

Où : D_{AB} est le ratio de diversion du produit A vers le produit B ; P_A et P_B sont les prix des produits A et B ; et MC_B est la marge de contribution sur le produit B. Pour obtenir l'indice GUPPI pour le produit B (qui pourrait être différent), il conviendrait d'invertir tous les A et B de cette formule.

120. Dans le cadre de l'analyse de la perte critique, l'idée qu'une marge élevée réduise la probabilité d'une SSNIP peut paraître contre-intuitive, or pour la PHP une marge élevée renforce en réalité la probabilité d'une augmentation des prix. Cela s'explique par le fait que des marges différentes interviennent. Dans le cas de l'analyse de la perte critique, nous prenons en compte la rentabilité d'une SSNIP pour le monopoleur hypothétique (ce qui équivaldrait à une fusion de toutes les entreprises du marché visé). La marge pertinente

pour ce calcul est la marge sur les *ventes perdues* pour le monopoleur hypothétique. Dans le cas de la PHP, nous tenons compte de l'incitation cumulative à augmenter les prix d'*un seul* des produits de l'entreprise issue de fusion (A) postérieurement à la fusion. L'incitation cumulative découle du fait que les ventes perdues seront récupérées par les ventes du produit B. Ce qui importe alors est la marge sur le produit B, et non la marge sur le produit A³⁴.

121. L'indice GUPPI sera toujours positif si les produits A et B sont des substituts et que les marges sont positives. Il convient donc de définir un seuil à partir duquel d'importants problèmes de concurrence pourraient se poser. Dans la mesure où le GUPPI ne prend pas en compte les gains d'efficacité potentiels découlant de la fusion, lesquels exerceraient une pression à la baisse sur le prix d'A, une hypothèse sur les gains probables d'efficacité pourrait servir de base pour l'établissement d'un tel seuil. Farrell et Shapiro ont proposé d'établir ce seuil à 10 % de gains d'efficacité.

122. Il serait en outre possible de calculer un indice « net » de pression à la hausse sur les prix (UPPI, pour *upward pricing pressure index*) à partir d'une estimation des gains d'efficacité escomptés ou de données effectives sur ces gains. Werden suggère quant à lui de calculer la « compensation des réductions de coûts marginaux » (CMRC, pour *compensating marginal cost reduction*), laquelle correspond à la réduction des coûts marginaux nécessaire pour maintenir les prix inchangés suite à une fusion (Werden, 1996_[31]). Cette valeur pourrait ensuite être comparée aux données disponibles sur les probables gains d'efficacité spécifiques aux opérations de fusion.

123. L'Encadré 7 décrit l'utilisation du GUPPI dans le cadre d'un exercice de filtrage réalisé par la JFTC lors de l'examen du projet de fusion entre FamilyMart et UNY en 2015. L'indice GUPPI a également été utilisé par la CMA dans son examen de la fusion entre The Original Bowling Company et Bowlplex, tel que décrit dans l'Encadré 4.

Encadré 7. Analyse GUPPI réalisée par la JFTC à l'occasion de la fusion FamilyMart/UNY (2015)

FamilyMart et UNY possèdent tous deux un grand nombre de commerces de proximité au Japon. La JFTC s'intéressa plus particulièrement à 863 secteurs géographiques où les deux parties comptaient des points de vente dans un rayon de 500 mètres. Ces secteurs furent alors répartis en quatre groupes :

1. Les secteurs dans lesquels, suite à la fusion, le nombre de chaînes de commerces de proximité concurrentes dans un rayon de 500 mètres autour d'un point de vente de référence (ci-après nommé « le nombre de chaînes dans un rayon de 500 mètres ») baisserait de trois à deux, et dans lesquels figurent également un commerce de proximité concurrent dans un rayon de 500 mètres à 1 kilomètre autour du point de vente de référence (ci-après désigné par l'expression « dans un rayon de 1 kilomètre ») ;
2. Les secteurs dans lesquels, suite à la fusion, le nombre de chaînes dans un rayon de 500 mètres baisserait de trois à deux, et dans lesquels il n'existe aucun commerce de proximité concurrent dans un rayon de 1 kilomètre ;
3. Les secteurs dans lesquels, suite à la fusion, le nombre de chaînes dans un rayon de 500 mètres baisserait de deux à une, et dans lesquels il existe un commerce de proximité concurrent dans un rayon de 1 kilomètre ; et

4. Les secteurs dans lesquels, suite à la fusion, le nombre de chaînes dans un rayon de 500 mètres baisserait de deux à une, et dans lesquels il n'existe aucun commerce de proximité concurrent dans un rayon de 1 kilomètre.

Pour déterminer si les commerces de proximité contrôlés par l'entité issue de la fusion auraient un intérêt à augmenter les prix, la JFTC calcula l'indice GUPPI pour les commerces de proximité sélectionnés dans chacun des quatre groupes décrits ci-dessus.

Partant du postulat que les prix étaient identiques sur l'ensemble des points de vente de la société α et de la société β , la JFTC modifia la formule de l'indice GUPPI de la manière suivante :

$$\text{GUPPI}\alpha = D\alpha\beta \times \text{MC}\beta$$

Concernant le ratio de diversion et la marge de contribution, la JFTC s'appuya respectivement sur les résultats de l'enquête réalisée auprès des consommateurs et sur les données financières fournies par les parties à la fusion.

Bien que le GUPPI de la plupart des points de vente fût inférieur à 3 %, l'un des commerces du groupe 4 affichait un GUPPI d'environ 4.8 %, soit une valeur relativement élevée. La JFTC se pencha donc plus avant sur le groupe 4 (68 secteurs géographiques) et découvrit que la concurrence ne pourrait être restreinte de manière significative.

Source : décision de la JFTC concernant la fusion FamilyMart/UNY (2015), https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryosougou/h27jirei09_01_files/h27jirei09.pdf.

124. Que ce soit l'indice GUPPI ou UPPI, aucun ne permet de prédire le niveau effectif d'augmentation des prix, lequel dépendra en réalité de la forme de la courbe de la demande. Sur la base d'hypothèses sur la forme de cette courbe, il est possible de calculer la hausse indicative des prix (HIP) en appliquant la formule suivante :

$$\text{HIP (demande linéaire)} = \text{MC} \times D / (2(1 - D)) ; \text{ ou}$$

$$\text{HIP (demande isoélastique)} = \text{MC} \times D / (1 - \text{MC} - D)$$

125. La différence entre ces deux formules souligne l'importance de la forme de la courbe de la demande : une courbe de demande isoélastique entraînera une HIP supérieure à une courbe de demande linéaire.

126. L'Encadré 8 présente l'exemple du recours aux indices GUPPI et HIP par l'autorité italienne de la concurrence dans l'examen du projet de fusion entre Manzotin et Simmenthal.

Encadré 8. Indices GUPPI et HIP dans l'examen de la fusion Manzotin/Simmenthal par l'AGCM (2012)

L'autorité italienne de la concurrence (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, AGCM) eut recours aux techniques quantitatives dans l'évaluation du projet d'acquisition de Simmenthal, un producteur de conserves de bœuf et de tripes à la sauce tomate, par l'entreprise Manzotin. L'AGCM s'intéressa de près au marché le bœuf en conserve où les parts de marché cumulées des deux parties représentaient entre 60 et 80 %.

Sur la base des données fournies par les parties à la fusion, l'autorité estima le ratio de diversion de Manzotin au profit de Simmenthal à près de 60 %, et donc que Simmenthal représentait une contrainte concurrentielle importante pour Manzotin. À l'inverse, le ratio de diversion de Simmenthal vers Manzotin était estimé à seulement 30 % environ.

Ces ratios de diversion furent ensuite utilisés dans le calcul du GUPPI pour le bœuf en conserve. S'appuyant sur la valeur de marge brute indiquée par les parties (20 à 30 %), l'AGCM put déterminer un GUPPI de 5 à 8 % pour Simmenthal et de 15 à 23 % pour Manzotin. L'AGCM calcula également la HIP de sorte à prédire le niveau effectif d'augmentation des prix, estimé à 21 % pour la demande couverte par Manzotin et à 8 % pour la demande couverte par Simmenthal.

Cette analyse permet de conclure que la fusion aurait une incidence négative sur la concurrence dans le marché du bœuf en conserve. L'AGCM autorisa néanmoins l'acquisition sous réserve de l'application de mesures correctrices, dont la vente de l'une des unités fonctionnelles de Manzotin à un concurrent et la création conjointe avec Simmenthal d'une unité de vente dédiée à la commercialisation des produits de Simmenthal.

Source : décision de l'autorité italienne de la concurrence du 5 décembre 2012 dans l'affaire n° 11799 - Bolton Alimentari / Simmenthal, (RIC, 2013, p. 64^[32]).

127. Ni la PHP ni la HIP ne tient compte de la réaction probable des concurrents effectifs et potentiels. Ces indicateurs ne sauraient donc suffire pour établir la probabilité d'effets négatifs sur la concurrence qui pourraient découler d'une fusion. Ils constituent cependant une manière différente et plus ciblée de filtrer les fusions en fonction de effets unilatéraux potentiels, plutôt que par un calcul des parts de marché.

128. Bien que la PHP puisse être un indicateur d'effets unilatéraux potentiels plus précis que les parts de marché (Garmon, 2017^[33]), il ne s'agit pas nécessairement du moyen le plus simple d'estimer les ratios de diversion ou de déterminer les coûts variables ou marginaux pertinents pour le calcul des marges de contribution (Bishop, 2013^[34]). Il peut également être important de savoir quels coûts sont variables et sur quelle durée.

129. À l'origine développé pour filtrer les effets unilatéraux, le « GUPPI de coordination » (cGUPPI) est une variante de l'analyse de la PHP pour les effets coordonnés (Moresi et al., 2015^[35]). Le cGUPPI est défini comme l'augmentation des prix la plus faible des augmentations préférées (pour augmenter les bénéfices) pour les différents membres d'un groupe de coordination hypothétique d'entreprises (GCH). À l'instar du GUPPI et de ses variantes qui visent à détecter les effets unilatéraux en examinant l'évolution des incitations à augmenter les prix de manière unilatérale après une fusion, le cGUPPI (ou plutôt le delta du cGUPPI) permet de détecter les effets coordonnés en examinant l'évolution des incitations à coordonner les prix par le biais de mesures parallèles

d'accompagnement (MPA). Le cGUPPI peut également être traduit en hausses indicatives des prix à partir d'hypothèses sur la forme des fonctions de coûts et de demande. Le calcul du cGUPPI nécessite des données sur les marges et les ratios de diversion du même ordre que pour le GUPPI unilatéral, et ce, pour toutes les entreprises du GCH (et non uniquement les parties à la fusion), ainsi que des informations sur leurs parts de marché. Lorsque les entreprises parties à la fusion appliquent des MPA avant la fusion (y compris dans le cas où au moins une partie agit en tant que « franc-tireur »), le delta du cGUPPI et la HIP seront vraisemblablement positifs. À titre d'exemple, l'autorité de la concurrence du Brésil a eu recours au cGUPPI lors son examen de la fusion Alesat/Ipiranga dans le secteur de la distribution des carburants³⁵. Les hypothèses principales qui sous-tendent le calcul du cGUPPI sont que les prix sont transparents, que les changements de prix sont détectés rapidement et entraînent une réponse immédiate, et enfin que l'équilibre des MPA est assuré de manière stable dans la durée. Une analyse approfondie des effets coordonnés nécessitera naturellement que ces hypothèses soient vérifiées.

Expériences en situation réelle

130. Les expériences en situation réelle (ou « analyses de choc ») consistent à étudier les événements historiques qui témoignent d'un lien entre l'évolution des conditions de la concurrence et l'évolution des performances du marché (Coate, 2013_[36]). Ces événements ou chocs incluent notamment la commercialisation de nouveaux produits, l'apparition d'innovations, une évolution des taux de change, la disparition ou la fusion d'entreprises, la fermeture de magasins, une nouvelle entrée sur le marché ou encore une augmentation du coût des intrants. Tous ces éléments peuvent apporter un éclairage sur les différentes interactions concurrentielles d'un marché. Dans certains cas, une expérience en situation réelle peut donner une indication claire sur les effets potentiels d'une fusion.

131. La fermeture temporaire ou définitive d'un point de vente au détail (supermarché, station-service, etc.) est un exemple simple d'expérience en situation réelle qui fut utilisé à plusieurs reprises pour délimiter des marchés géographiques. Cela revient en substance à une SSNIP infinie, entraînant une diversion des clients au profit du substitut suivant le plus proche. Les données relatives aux points de vente vers lesquels se tournent les clients suite à la fermeture de leur point de vente de prédilection peuvent être utilisées pour estimer les ratios de diversion. Elles présentent également un intérêt aussi bien pour la définition du marché géographique que pour l'identification des effets unilatéraux.

132. Une technique souvent utilisée pour étudier les effets d'une expérience en situation réelle est la méthode des « doubles différences ». Celle-ci consiste à comparer l'effet différentiel d'un « traitement » sur les résultats d'un groupe test par rapport à un groupe témoin, lequel n'a pas été affecté par ce traitement. La FNE, par exemple, a exploité cette technique dans l'examen de la fusion de deux réseaux de salles de cinéma, tel que décrit dans l'Encadré 12. Elle a également été utilisée dans le cadre de l'évaluation *ex post* d'une fusion dans le marché des prêts hypothécaires canadien, laquelle est présentée dans l'Encadré 16.

133. L'Encadré 9 présente quant à lui l'exemple d'une expérience en situation réelle dans le marché des services de pathologie dans l'État du Queensland, en Australie. Dans le contexte d'un pilotage des prix à la hausse qui s'était soldé par un échec, l'ACCC craignait que si le projet de fusion devait se concrétiser, cette augmentation serait davantage susceptible d'être suivie et maintenue sur la durée.

Encadré 9. Expérience en situation réelle relative aux modalités de facturation de services de pathologie

En 2012, Sonic Healthcare Limited (Sonic) annonça son intention d'acquérir plusieurs entreprises australiennes de services de pathologie détenues par Healthscope Limited (Healthscope). L'ACCC s'opposa à l'acquisition de certaines d'entre elles, dont celles situées dans le Queensland. Dans le cas de cet État, elle considérait que ces acquisitions étaient susceptibles d'entraîner une diminution significative de la concurrence dans le marché des services de pathologie de proximité (hors hôpital), puisque Healthscope était, malgré sa petite taille, le troisième fournisseur après Primary (leader du marché) et Sonic. Healthscope comptait un nombre important de centres de collecte, gérait un réseau de laboratoires en étoile et contrôlait différents hôpitaux et centres médicaux. En Australie, les tests pathologiques réalisés dans les établissements médicaux de proximité sont principalement financés par le gouvernement fédéral à travers une prise en charge par le régime d'assurance maladie sur la base d'un paiement à l'acte, parfois complétée par des versements directs effectués par les patients. Les fournisseurs de services de pathologie peuvent décider s'ils veulent être payés uniquement par le régime d'assurance maladie (formule de tiers payant) ou s'ils souhaitent appliquer des honoraires libres à la charge des patients (facturation directe). Si le fournisseur de services de pathologie choisit le modèle du tiers payant, il reçoit un paiement directement des services publics et le patient n'a rien à verser lui-même. L'ACCC réalisa que l'adoption du modèle de tiers payant était l'un des biais par lesquels la concurrence s'exerçait dans les marchés des services de pathologie. Une expérience en situation réelle put être observée en juillet 2009, lorsque Sonic modifia ses modalités de facturation afin d'exiger un paiement direct d'une part bien plus importante de ses patients dans le Queensland. Le nombre de patients orientés vers les établissements de Sonic chuta rapidement, jusqu'à ce que l'entreprise eût rétabli ses modalités de facturation antérieures, au début de l'année 2010. Sur la base de l'analyse de documents justificatifs à sa disposition, l'ACCC conclut que Healthscope avait grandement contribué à freiner un mouvement plus général initié par Sonic et Primary visant à appliquer une facturation directe à un plus grand nombre de patients dans l'État du Queensland. L'ACCC estima ainsi que si l'acquisition avait été effective, un changement des modalités de facturation opéré par Sonic ou Primary aurait vraisemblablement été imité par l'autre partie, et n'aurait été contrarié par aucun fournisseur de services de pathologie existant ou nouveau.

Source : évaluation publique de la concurrence de l'ACCC, 28 août 2013, <https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/MER13%2B7337.pdf>.

134. Bien que les expériences en situation réelle puissent présenter un intérêt non négligeable, il convient de les aborder avec prudence, ce qui passe par une bonne compréhension de la possible relation de cause à effet. Dans certains cas, la difficulté consiste à déterminer si un choc particulier a provoqué un changement spécifique des caractéristiques du marché. Il conviendra ainsi de toujours envisager d'autres explications éventuelles.

Analyses prix-concentration et qualité-concentration

135. Les analyses prix-concentration portent sur la relation entre les prix et la concentration du marché, ou la part de marché, dans un secteur donné. Si une corrélation positive est identifiée, une extrapolation peut éventuellement être réalisée afin de déterminer l'incidence probable d'une fusion. Cette analyse peut également être utilisée pour étudier l'impact de la présence ou de l'absence de concurrents spécifiques dans différents marchés. L'analyse prix-concentration a été employée à l'occasion de deux contrôles des fusions notables : l'examen réalisé par la Commission fédérale du commerce (*Federal Trade Commission*, FTC) de la (première) fusion Staples / Office Depot (Encadré 10) et l'examen réalisé par la Commission européenne de la fusion Ryanair / Aer Lingus (Encadré 11).

Encadré 10. Analyse prix-concentration dans la fusion Staples / Office Depot

En 1996, deux des plus grandes chaînes de magasins spécialisées dans les fournitures de bureau des États-Unis, Staples et Office Depot, annoncèrent leur intention de fusionner. La FTC s'opposa à cette fusion en raison de possibles effets préjudiciables à la concurrence dans le « marché de la vente de consommables vendus dans des grands magasins spécialisés dans les fournitures de bureau », du fait que les parties à la fusion étaient deux des trois principaux acteurs du marché (avec Office Max). Les parties choisirent de faire appel de la décision auprès du tribunal. Selon les documents justificatifs et les statistiques descriptives disponibles, Staples définissait ses prix en magasin par secteurs, lesquels étaient définis en fonction du nombre de grands magasins spécialisés concurrents dans la zone géographique correspondante. Plus le nombre de grands magasins concurrents était élevé pour ce secteur, plus les prix appliqués par Staples étaient faibles. En l'absence de fusion, Staples s'attendait à une augmentation du nombre de secteurs comptant trois grands magasins, ce qui aurait entraîné une baisse de ses prix.

Cette affaire se distinguait des autres par le volume important de données économétriques très détaillées présentées aussi bien par la FTC que par les parties à la fusion. L'analyse réalisée visait à déterminer dans quelle mesure le lien observé entre le niveau des prix et le nombre de grands magasins spécialisés concurrents relevait d'une différence systématique une fois que l'effet des autres variables avait été quantifié. À titre d'exemple, des secteurs ne comptant que peu de concurrents pouvaient aussi être marqués par des coûts supérieurs, ou encore le nombre de distributeurs pouvait être corrélé au nombre de grands magasins spécialisés et, plutôt que ces derniers, les distributeurs étaient ceux qui avaient une réelle influence sur les prix. Alors que leurs experts s'appuyèrent sur pratiquement la même équation de régression de départ, ils obtinrent des résultats extrêmement différents : l'expert de la FTC prédisait ainsi, suite à la fusion, une augmentation des prix de 8.6 % et l'expert des parties à la fusion une augmentation des prix de seulement 0.9 %. Cette différence s'expliquait principalement, d'une part, par les postulats de départ adoptés sur la manière dont les prix seraient définis en réaction à l'état de la concurrence et, d'autre part, par le mode de calcul appliqué pour estimer l'augmentation des prix. Sur ce premier point, l'expert des parties à la fusion considérait que les prix étaient fixés pour chaque magasin au prix maximal d'optimisation des bénéfices, et ce, en tenant compte de la concurrence locale. À l'inverse, la FTC considérait que les prix étaient fixés par secteur, en prenant en compte le nombre de concurrents dans ce périmètre. Non seulement cette approche s'inscrivait en cohérence avec les documents justificatifs, mais elle revêtait aussi une certaine logique en termes de coûts administratifs, de publicité et d'image de marque.

Concernant le deuxième point, le calcul de l'expert des parties à la fusion permettait de déterminer une augmentation de prix moyenne pour l'ensemble des magasins, que la concurrence soit ou non affectée dans les zones concernées. L'expert de la FTC calcula l'augmentation de prix moyenne escomptée, mais uniquement sur les zones géographiques où le nombre de concurrents subirait une baisse.

Les experts économiques regrettèrent que le juge ne s'appuyât pas sur les importants volumes de données économétriques dans sa décision d'accorder une injonction. Celui-ci prit en effet uniquement en compte les documents justificatifs et les statistiques descriptives. Ces deux types d'éléments probants allaient toutefois dans le même sens, et l'on peut estimer que la décision eût été différente si les données économétriques avaient été contradictoires.

Source : Serdar Dalkir et Frederick R. Warren-Boulton (2009), « Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot », dans Kwoka and White (éd.), *The Antitrust Revolution*, 5^e édition ; et Orley Ashenfelter, David Ashmore, Jonathan B. Baker, Suzanne Gleason et Daniel S. Hosken (2006), « Empirical Methods in Merger Analysis of Pricing in FTC v. Staples », *International Journal of the Economics of Business*, 13:2, 265-279.

136. Il convient, dans le cadre d'une analyse prix-concentration, de toujours bien étudier la présence d'autres facteurs pouvant expliquer la corrélation entre les prix et une éventuelle concentration. Il est également essentiel de comparer ce qui est comparable : certains marchés peuvent en effet se caractériser par des produits de qualité supérieure qui entraînent des prix plus élevés mais sans rapport avec une éventuelle concentration des marchés.

Encadré 11. Analyse prix-concentration dans la fusion Ryanair / Aer Lingus

En 2006, le transporteur aérien à bas coûts Ryanair souhaita faire l'acquisition d'Aer Lingus, la compagnie nationale irlandaise. Chaque transporteur avait alors son hub principal à l'aéroport de Dublin. Parmi les liaisons proposées, ils comptaient 35 itinéraires directs identiques et leurs parts de marché cumulées étaient de 100 % sur pas moins de 22 liaisons différentes. Dans le cadre de l'examen de ce projet de fusion, la Commission européenne réalisa plusieurs analyses de régression afin de tester différents scénarios, parmi lesquels :

- La présence de Ryanair sur une liaison spécifique entraîne-t-elle une réduction du tarif pratiqué par Aer Lingus pour cette même liaison, et inversement ?
- Ryanair exerce-t-il une pression concurrentielle sur Aer Lingus supérieure aux autres compagnies aériennes exploitant un hub à Dublin, et inversement ?
- L'effet de Ryanair sur les prix d'Aer Lingus augmente-t-il avec la fréquence des rotations proposées par Ryanair, et inversement ?

La Commission détermina que les tarifs d'Aer Lingus étaient en moyenne inférieurs de 5 à 8 % sur les liaisons pour lesquelles Ryanair et Aer Lingus étaient en concurrence, par rapport à celles pour lesquelles Aer Lingus ne subissait pas la concurrence de Ryanair. Cette observation permit de répondre à la première question posée ci-dessus : la présence de Ryanair sur une liaison spécifique entraînait bien une baisse des tarifs pratiqués par Aer Lingus. À l'inverse, la Commission ne décela aucun effet significatif d'Aer Lingus sur les prix de Ryanair.

Le fait de ne pouvoir identifier aucune incidence d'ordre statistique n'interdit toutefois aucunement qu'il puisse exister un lien entre les deux. En l'occurrence, l'absence de lien statistiquement significatif fut attribuée au fait qu'Aer Lingus ne cherchait pas nécessairement à proposer les mêmes liaisons que Ryanair, alors que Ryanair avait de nombreuses reprises cherché à concurrencer Aer Lingus sur les liaisons que la compagnie proposait.

Sur la base des mêmes données, la Commission établit que Ryanair avait un effet au moins deux fois plus important que n'importe quelle autre compagnie aérienne sur les prix d'Aer Lingus. La Commission révéla également qu'une augmentation de 1 % de la fréquence des vols de Ryanair entraînait une baisse des prix d'Aer Lingus de 0.03 %. Ces éléments permirent de répondre aux deux autres questions mentionnées précédemment.

La Commission conclut ainsi que « [l']analyse de régression de la Commission confirme et complète les conclusions tirées des preuves qualitatives selon lesquelles Ryanair et Aer Lingus sont de proches concurrents. En outre, les résultats de l'analyse de régression sont également conformes à l'opinion de la majorité des personnes interrogées lors de l'enquête auprès de la clientèle qui considère que les parties à la concentration sont les plus proches concurrents lorsque d'autres compagnies sont actives sur la liaison. » La fusion fut par conséquent interdite.

Source : décision de la Commission européenne du 27 juin 2007, affaire n° COMP/M.4439 – Ryanair / Aer Lingus, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4439_20070627_20610_en.pdf ; OCDE (2011, p. 47^[23]).

137. Il y a toutefois de bonnes raisons de penser qu'une concentration puisse être inversement corrélée à la qualité, que ce soit selon une valeur absolue (verticale) de qualité (comme le temps passé à faire la queue au cinéma ou le niveau de rupture de stock des produits dans un supermarché) ou en termes de variété (horizontale) (OCDE, 2013^[12]). Matsa (2011^[37]) a montré que l'entrée de Walmart dans le secteur des supermarchés aux États-Unis a été suivie par une baisse des ruptures de stocks de 33 %, lesquelles constituaient alors l'une des principales causes de mécontentement des consommateurs et donc un important indicateur de qualité pour ce secteur. Matsa a par ailleurs établi que ces faibles taux de ruptures de stocks étaient corrélés aux bonnes performances sur d'autres mesures de qualité, comme la propreté, l'amabilité du personnel ou la vitesse moyenne de passage en caisse. Dans le secteur des services, la qualité sera souvent associée aux dépenses consacrées aux ressources humaines (personnel supplémentaire engagé pour préparer les rayonnages, servir les clients ou faire le ménage, par exemple). Cette corrélation a notamment été utilisée au Chili par la FNE afin d'étudier les incidences de la fusion de deux chaînes de salles de cinéma sur la qualité de service (Encadré 12).

Encadré 12. Analyse qualité-concentration dans la fusion Cinemundo/CineHoyts (2012)

En 2011, les deuxième et troisième chaînes de salles de cinéma du Chili fusionnèrent, cumulant à elles deux 47 % de parts de marché et devançant par là même l'ancien leader du marché (38 %). L'autorité chilienne de la concurrence (*Fiscalía Nacional Económica*, FNE) étudia les risques que représentait cette acquisition en matière de concurrence dans les zones géographiques locales. L'analyse économique s'appuyait sur différents critères économétriques visant à analyser les effets de cette fusion sur les caractéristiques locales de prix et de qualité. Elle permit d'établir que les effets unilatéraux les plus significatifs incluaient notamment une diminution de la qualité de service. Cette conclusion faisait par ailleurs écho aux données qualitatives recueillies au cours de l'enquête de la FNE. Parmi les facteurs de différenciation identifiés, citons le temps passé dans les files d'attente pour l'achat de tickets ou de boissons et en-cas, la propreté des salles, la présence d'une climatisation, la qualité audio et vidéo, la taille des écrans ou encore la disponibilité de services complémentaires. Le niveau de dépenses en ressources humaines était aussi utilisé comme indicateur de la qualité de service. Ces frais étaient calculés par régression en fonction de la distance du concurrent le plus proche, ainsi que d'autres variables de contrôle. D'après les résultats obtenus, pour chaque kilomètre supplémentaire séparant une salle de cinéma de son concurrent le plus proche, le budget des rémunérations baissait en moyenne de 1.6 à 1.8 %.

La FNE étudia également une « expérience en situation réelle » impliquant l'arrivée de Cinemundo dans le quartier Estacion Central de Santiago, dont le site se trouvait à 300 mètres de CineHoyts. Utilisant l'approche des « doubles différences », la FNE identifia chez CineHoyts une augmentation du budget des rémunérations de 13 à 22 % suite à cette entrée sur le marché. Ces conclusions allaient également dans le sens des informations qualitatives recueillies dans le cadre de l'enquête de la FNE.

L'affaire se termina par un engagement de l'entité issue de la fusion consistant à céder deux cinémas multisalles dans des zones identifiées par la FNE comme présentant les plus importants risques unilatéraux en matière de concurrence.

Source : contribution du Chili, OCDE (2013, p. 67_[12]).

Analyse des appels d'offres

138. Dans les marchés qui se caractérisent par des ventes réalisées par le biais d'appels d'offres, les parts de marché existantes peuvent n'apporter que des informations limitées sur les interactions concurrentielles du marché, étant donné qu'elles ne sont le résultat que des appels d'offres passés. Une analyse des appels d'offres remportés/perdus peut s'avérer particulièrement instructive sur le niveau de concurrence qui existe entre des entreprises spécifiques. Si une entreprise donnée voit généralement la première place des appels d'offres lui échapper au profit d'une certaine autre entreprise, et inversement, cela peut suggérer qu'elles se livrent une concurrence intense. Il est également important de porter une attention particulière aux entreprises qui ne remportent que peu d'appels d'offres. Un marché peut par exemple compter deux fournisseurs principaux et un troisième de moindre envergure qui, même s'il ne remporte que rarement d'appels d'offres, crée néanmoins une certaine pression concurrentielle sur le processus dans son ensemble et force ainsi les deux principaux fournisseurs à proposer des offres plus compétitives.

139. Si suffisamment de données sont disponibles, il peut être possible d'estimer, à l'aide de méthodes économétriques, les effets de la participation à un appel d'offres de l'une des parties à la fusion, que ce soit sur les prix, les marges ou les remises proposées, si l'autre partie prend également part à cet appel d'offres. Ce cas de figure a justement été traité par la Commission européenne dans son examen de la fusion GE/Alstom (Encadré 13).

Encadré 13. Analyse des appels d'offres dans l'examen de la fusion GE/Alstom par la Commission européenne (2015)

Dans l'affaire GE/Alstom, la Commission européenne réalisa une analyse approfondie des données relatives à un appel d'offres pour la fourniture de turbines à gaz à haut rendement, dans le cadre duquel GE (leader du marché) et Alstom (troisième concurrent le plus important) auraient eu une part de marché cumulée de 50 à 60 %, aussi bien dans l'Espace économique européen qu'au niveau mondial (hors Chine et Iran). Il n'existait alors que deux autres acteurs technologiques sur ce secteur : Siemens et MHPS. L'analyse des appels d'offres, comptant plus de 150 pages, est incluse à l'annexe I de la décision de la Commission.

Cette analyse permet, entre autres, d'établir les faits suivants : (i) après Siemens, Alstom était le plus souvent en concurrence avec GE ; (ii) les autres concurrents avaient des interactions concurrentielles plus limitées avec GE qu'Alstom ; (iii) Alstom et GE étaient en concurrence directe dans une part non négligeable des appels d'offres (environ la moitié), lesquels appels d'offres étaient les plus susceptibles de souffrir d'une perte de concurrence entre les parties à la fusion ; et (iv) les appels d'offres pour lesquels GE et Alstom étaient en concurrence directe étaient liés à des marchés très concentrés, dont au moins 40 à 50 % n'incluaient qu'un seul autre participant suivant les estimations de GE sur la participation à chaque appel d'offres.

La Commission réalisa également une analyse Probit afin d'évaluer l'impact de la participation d'Alstom et d'autres concurrents sur la probabilité que GE remporte l'appel d'offres, ainsi qu'une analyse marge-concentration visant à déterminer l'impact de la participation d'Alstom et d'autres concurrents sur les pratiques de GE dans le cadre des appels d'offres. Cette première analyse révéla que GE était beaucoup moins susceptible de remporter un appel d'offres lorsqu'Alstom y participait également et la seconde analyse établit que, dans ces mêmes conditions, les offres de GE étaient particulièrement basses.

Le projet de fusion fut finalement validé sous condition de mesures correctrices, consistant en la cession de certains actifs clés des activités de fourniture de turbines à gaz à haut rendement d'Alstom à un concurrent plus petit.

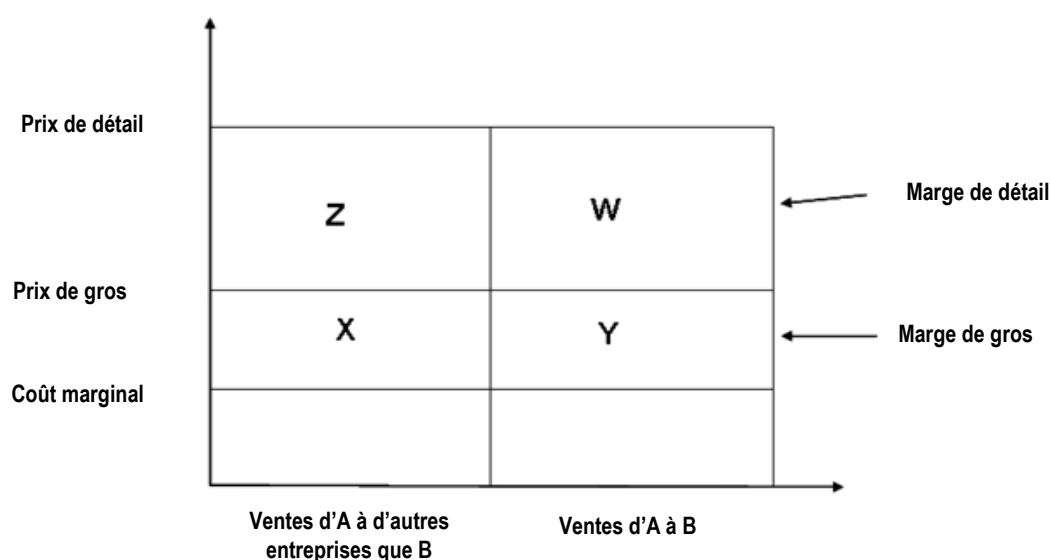
Source : décision de la Commission européenne du 8 septembre 2015, affaire n° COMP/M.7278 – GE/Alstom, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7278_6808_3.pdf ; RBB Brief 52 : *Estimating post-merger price effects in bidding markets: lessons from GE/Alstom*, juin 2016, https://www.rbbecon.com/downloads/2016/06/RBB_B52_Brief-Web.pdf.

Arithmétique verticale et indice vGUPPI

140. Comme cela été indiqué précédemment, outre les problèmes de coordination, les théories du préjudice liées aux fusions verticales ont principalement trait à la capacité et à l'intérêt que peuvent avoir les entreprises à empêcher (partiellement ou complètement) leurs concurrents d'accéder à certains intrants ou clients, ce qui entraîne une augmentation des coûts pour ces concurrents et un desserrement de la contrainte sur le prix de concurrence pour l'entreprise issue de la fusion.

141. L'arithmétique verticale peut apporter un certain éclairage sur la probabilité que les fusions verticales génèrent des effets préjudiciables à la concurrence. Le graphique ci-dessous offre une illustration schématique de ce concept. L'entreprise A est un fournisseur en amont souhaitant fusionner avec l'entreprise B en aval. Le Graphique 3 représente la situation avant la fusion, avec l'entreprise A assurant l'approvisionnement de l'entreprise B et d'autres entreprises en aval.

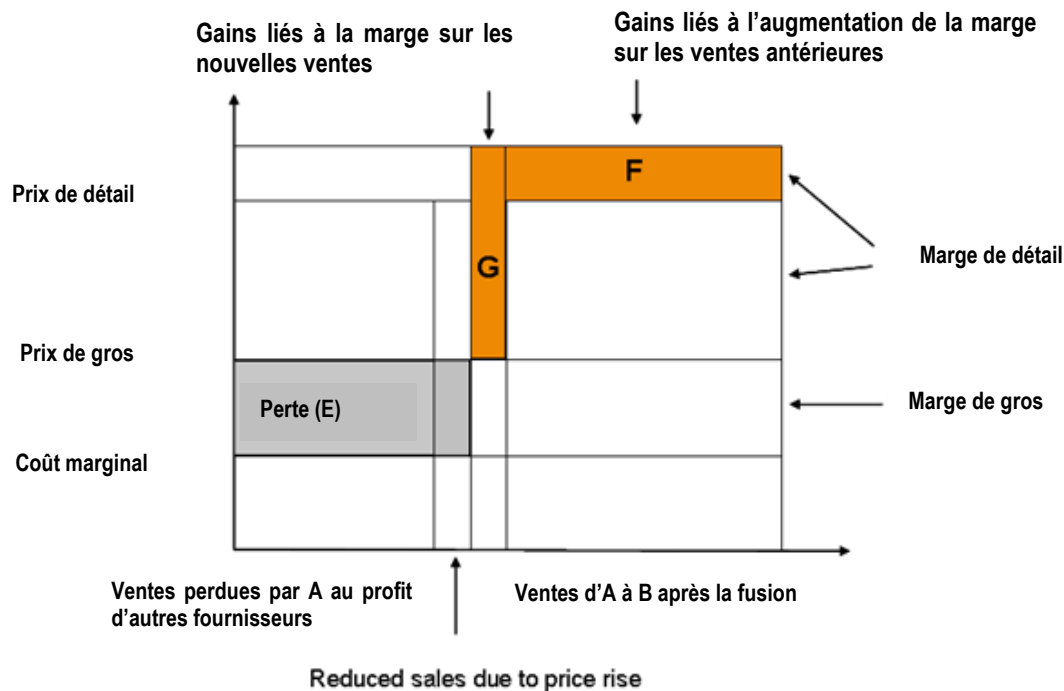
Graphique 3. Arithmétique verticale appliquée préalablement à une fusion



Source : Extrait d'OCDE (2011, p. 29^[23]).

142. Le Graphique 4 illustre ce qui se produit en cas de verrouillage des intrants. L'entreprise issue de la fusion n'approvisionne plus les autres entreprises (hors B) ou augmente les prix qu'elle leur facture, de sorte qu'elles sont contraintes de se tourner vers leurs fournisseurs de repli et doivent faire face à une hausse de leurs coûts d'intrants³⁶. L'entreprise issue de la fusion perd sa marge sur les ventes perdues auprès des autres entreprises (aire E), mais ces entreprises sont désormais moins compétitives sur le marché en aval. L'entreprise A-B, issue de la fusion, gagnera ainsi des ventes et les marges correspondantes (aire G) grâce aux anciens concurrents de l'entreprise B et le niveau général des prix augmentera de fait, améliorant du même coup les marges sur les ventes existantes (aire F). Si la condition $F + G > E$ est satisfaite, le verrouillage des intrants s'avérera être une stratégie rentable même s'il est porté atteinte à la concurrence, tel que reflété par l'augmentation des prix et la baisse des ventes³⁷.

Graphique 4. Arithmétique verticale appliquée postérieurement à une fusion



Source : Extrait d'OCDE (2011, p. 30_[23]).

143. Dans l'affaire AT&T/Time-Warner, Carl Shapiro (expert du ministère de la Justice américain) estima la part d'abonnés perdue par les MVPD suite à la suspension de l'accès au contenu de Turner, le ratio de diversion de ces MVPD vers DirectTV et les marges supplémentaires réalisées par l'entreprise issue de la fusion grâce à la mise en place d'une stratégie de verrouillage des intrants (Shapiro, 2019_[38]). L'exploitation des données nécessaires pour réaliser ces estimations posa toutefois de très nombreuses difficultés pratiques et le tribunal ne fut finalement pas suffisamment convaincu par ces estimations pour en tenir compte. Le tribunal considéra par ailleurs comme plus convaincants d'autres éléments d'appréciation, lesquels invalidaient la probabilité d'effets anticoncurrentiels. Il appartenait donc au ministère de la Justice de fournir la preuve que la fusion *entraînerait bien* une diminution sensible de la concurrence (sans les avantages des présomptions structurelles qui s'appliquent aux fusions horizontales aux États-Unis).

144. À l'inverse, lorsque la Commission néo-zélandaise du commerce examina un projet de fusion verticale/conglomérale entre Sky (contenu) et Vodafone (communication/distribution), elle renonça à toute quantification des effets verticaux de cette fusion, estimant cette opération trop peu fiable, et décida de s'appuyer plutôt sur des éléments d'appréciation qualitatifs, dans la mesure où il existait certaines inquiétudes relatives aux pratiques d'offres groupées et d'éviction dans les marchés des télécommunications³⁸. Cette décision s'inscrivait dans le contexte d'un dispositif d'approbation des fusions par lequel il incombait aux candidats de démontrer que le projet de fusion *n'entraînerait pas* une diminution sensible de la concurrence. La Commission considérait qu'elle ne pouvait se satisfaire de tels éléments. L'une des caractéristiques les plus intéressantes de ce projet de fusion concernait le moment où celui-ci intervenait. En effet, cette proposition avait été formulée alors que la Nouvelle-Zélande déployait son réseau à ultra-haut débit, de sorte que de nombreux consommateurs souhaitaient basculer sur de nouveaux forfaits de télécommunication et représentaient donc un marché à conquérir. La Commission s'inquiétait toutefois que la fusion pût octroyer à Vodafone un

avantage pérenne et verrouiller ainsi une part non négligeable des clients sur les marchés des télécommunications.

145. Même s'il n'est pas possible de calculer précisément les aires E, F et G (ce qui est chose fréquente), ce cadre constitue une base pour l'évaluation des preuves qualitatives et quantitatives adaptée aux caractéristiques suivantes :

- les marges sur les ventes en amont et en aval ;
- la part de ventes en amont perdues qui seront récupérées sous la forme de vente en aval par l'entreprise issue de la fusion ; et
- les effets probables d'un verrouillage sur les prix en aval.

146. À l'instar de nombreux autres indicateurs, l'arithmétique verticale ne rend pas compte de la totalité de la situation. Elle ne permet en effet pas d'analyser les ajustements dynamiques qui peuvent survenir en cas d'entrée et d'expansion, et, comme mentionné précédemment, les fusions verticales sont également susceptibles de générer des gains d'efficacité. L'arithmétique verticale peut néanmoins contribuer à identifier une première partie des problèmes possibles en matière de fusions verticales et, associée à d'autres éléments d'appréciation pertinents, de confirmer le bien-fondé de ces inquiétudes ou de les dissiper tout simplement.

Encadré 14. Utilisation de l'indice vGUPPI par la FNE dans l'examen de la fusion Santander/Servipag (2018)

L'autorité de la concurrence du Chili (*Fiscalía Nacional Económica*, FNE) eut recours à l'indice vGUPPI (*vertical Gross Upward Pricing Pressure Index*) dans le cadre de l'examen du projet d'acquisition partielle de Servipag par Santander. Servipag est une plateforme de paiement numérique qui joue le rôle d'intermédiaire entre différents fournisseurs et leurs clients. La banque Santander avait l'intention de faire l'acquisition d'une participation de 33.3 % au capital de Servipag et de devenir ainsi le troisième propriétaire de Servipag à parts égales avec Banco de Chile et Banco de Crédito e Inversiones (BCI). Santander, Banco de Chile et BCI détenaient également des participations majoritaires dans le capital de Transbank, le principal concurrent de Servipag dans le marché des solutions de paiement intégrées.

L'une des préoccupations soulevées par la FNE en matière de concurrence avait trait au verrouillage des intrants. L'enquête réalisée révéla que l'une des conditions essentielles à l'entrée sur le marché des plateformes de paiement numérique était le développement d'une solution de paiement intégrée (« bouton de paiement »), et que la solution la plus utilisée était alors Webpay, une propriété de Transbank. La FNE s'inquiétait que l'accès à Webpay pût être restreint, à la suite de quoi toute entrée ou expansion potentielle d'une plateforme de paiement numérique capable de rivaliser avec Servipag serait très probablement limitée.

Les incitations sous-jacentes à une stratégie de verrouillage des intrants furent analysées à l'aide d'indices vGUPPI. Il fut ainsi établi que le vGUPPI de Webpay sur les entreprises concurrentes de Servipag serait de 200 à 400 %, témoignant de fortes incitations à augmenter les prix de Webpay suite à la fusion.

Bien que les parties eussent proposé des mesures correctrices, celles-ci n'incluaient aucun dispositif visant à éliminer les risques verticaux. La FNE jugea par ailleurs ces mesures insuffisantes pour limiter les risques horizontaux déjà existants. Dans la mesure

où les parties ne purent proposer de mesures correctrices appropriées, raisonnables et proportionnées, FNE décida d'interdire la fusion.

Source : décision de la FNE du 18 juillet 2018, affaire n° F-101-2017 – Santander/Servipag, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/inproh_F101_2017.pdf.

147. Tout comme l'analyse de la perte critique et la PHP, l'arithmétique verticale s'appuie sur des estimations des ratios de diversion et des marges pour déterminer les possibles incidences des fusions verticales sur la concurrence. Il est donc peu étonnant qu'un indice vGUPPI puisse être calculé à la fois pour les prix en amont et en aval de l'entreprise issue de la fusion, et pour les prix en aval des entreprises concurrentes (Moresi et Salop, 2013^[39]). Les exigences en matière de données nécessaires à l'établissement de cet indice sont néanmoins particulièrement rigoureuses et ses capacités de prédiction demeurent largement sujettes à caution (Slade, 2019^[40]). Au Chili, la FNE a notamment exploité l'indice vGUPPI dans son examen de la fusion Santander/Servipag (Encadré 14).

Simulation de fusion

148. La simulation de fusion consiste en la modélisation d'un marché spécifique et en la prédiction des effets d'une fusion sur les prix. Le développement de ce modèle s'appuie sur des données ou des hypothèses liées aux fonctions de coûts et de demande, et à la nature de la concurrence entre les entreprises (p. ex. : modèles de Bertrand, de Cournot ou d'enchères, lesquels exploitent les données factuelles sur le marché pertinent³⁹). Toute information erronée ou hypothèse incorrecte peut avoir des conséquences considérables sur l'augmentation prévue des prix. Ainsi, si la demande n'est pas linéaire mais isoélastique, les effets prévus sur les prix seront plus importants, mais estimer avec précision les fonctions de demande s'avérera plus difficile, notamment car l'élasticité de la demande aux prix courants ne rend pas nécessairement compte de l'élasticité de la demande à des prix supérieurs. La nature de la concurrence entre des entreprises peut également évoluer suite à une fusion. Les entreprises peuvent par exemple ne plus rivaliser sur les prix et choisir de mettre en œuvre des hausses de prix parallèles (voir par exemple la note de référence de l'OCDE consacrée à ce sujet (2011, p. 19^[23])).

149. En raison de ces difficultés, les simulations de fusion généreront souvent une fourchette de hausse des prix relativement large. Les analyses rétrospectives appliquées aux modèles de simulation de fusion horizontale concluent généralement que ces modèles n'offrent des résultats que peu satisfaisants (Peters, 2006^[41] ; Weinberg, 2011^[42] ; Weinberg et Hosken, 2013^[43] ; Björnerstedt et Verboven, 2016^[44]). Miller et al. (2017^[45]) indiquent en effet que les prédictions basées sur l'indice GUPPI ne sont pas moins précises que les prédictions issues de simulations de fusion comportant des erreurs de spécification. Une simulation de fusion convenablement définie peut néanmoins être un outil particulièrement utile à l'évaluation des fusions.

150. S'appuyant sur l'expérience de l'Union européenne, Walker propose différents exemples de « bonnes » et de « mauvaises » façons de réaliser une simulation de fusion (OCDE, 2011^[23]). La simulation de fusion réalisée dans le cadre du projet de fusion Volvo-Scania s'appuyait sur le prix de camions sans options, alors que quasiment aucune vente ne se faisait au prix du catalogue et que seuls une poignée de camions étaient vendus sans options. Cette simulation fut ainsi décrite comme « une étude basée sur des prix que personne ne paie pour des camions que personne n'achète ». À l'inverse, dans le cas du projet de fusion entre Oracle et Peoplesoft, un modèle d'enchères sur mesure fut développé afin de simuler l'effet d'une réduction de l'éventail de choix à la fois sur les prix et sur le bien-être du consommateur, dans la mesure où certains acheteurs ne pourraient acquérir

leur produit préféré une fois la fusion validée, sachant que le produit de Peoplesoft avait vocation à disparaître.

151. Malheureusement, même une simulation de fusion rondement menée ne suffira jamais en soi, puisqu'elle inclura systématiquement un travail de simplification et l'élaboration d'hypothèses. En outre, elle ne tient généralement pas compte des ajustements dynamiques du marché en réaction à la fusion, comme l'entrée de nouveaux concurrents, la diversification des fournisseurs existants ou l'intégration verticale de gros acheteurs. Une simulation de fusion doit toujours être associée à une analyse économique empirique approfondie de l'ensemble des aspects ayant trait aux potentiels effets anticoncurrentiels d'une fusion. Une simulation de fusion efficace doit s'appuyer sur des faits observables sur le marché et être cohérente avec ces éléments factuels. En raison des limitations liées aux données et aux contraintes de temps inhérentes à tout contrôle des fusions, la contribution d'une simulation de fusion aux mesures de PHP, à l'analyse prix-concentration ou à une analyse plus qualitative sera relativement limitée. Dans certains cas spécifiques, une simulation de fusion exécutée dans les règles de l'art peut présenter un réel intérêt.

152. Certaines propositions ont également été avancées afin d'évaluer les effets coordonnés par le biais d'une simulation de fusion qui va au-delà du simple calcul d'un delta de cGUPPI. Moresi et al. ont étudié la possibilité d'une simulation plus étendue, intégrant la réaction des entreprises hors GCH en termes de prix, mais ont convenu que cela n'affectait que très peu le delta du cGUPPI dans la mesure où cet effet n'intervenait dans le cGUPPI ni avant la fusion, ni après la fusion (Moresi et al., 2015^[35]).

153. Kovacic et al. (2009^[46]) ont quant à eux proposé une approche légèrement différente pour évaluer les effets coordonnés, laquelle s'appuie sur la modélisation des effets unilatéraux afin d'étudier, d'une part, les bénéfices marginaux d'une coordination découlant de la fusion et, d'autre part, les gains obtenus par la mise en place de pratiques frauduleuses⁴⁰. Si les bénéfices d'une coordination augmentent par rapport à la concurrence, les entreprises devraient être préparées à déployer davantage d'efforts pour surmonter les obstacles à une coordination réussie après la fusion. Les avantages découlant d'un non-respect de la coordination peuvent également augmenter suite à la fusion, mais risquent de disparaître rapidement si les prix reviennent à des niveaux concurrentiels.

Analyse de la rentabilité de l'entrée

154. La probabilité d'accès au marché postérieurement à une fusion est souvent un aspect important du contrôle des fusions. Pour qu'une entrée puisse dissiper les craintes en matière de concurrence, ce processus doit être possible, suffisant en termes de portée et rapide dans sa réalisation. Il sera peut-être possible de mesurer la rentabilité d'une entrée potentielle en s'appuyant sur les informations relatives aux coûts et aux prix (et l'effet de cette entrée sur les prix) et la clientèle probable disponible pour un nouvel entrant. Lorsque les économies d'échelle sont conséquentes, un entrant peut grandement renforcer les capacités d'un marché, entraînant ainsi une baisse des prix et des rendements escomptés. Lorsque la fidélisation des consommateurs à certaines marques est importante ou que les coûts de changement de prestataire sont élevés, les entrants peuvent ne pas être en mesure d'attirer suffisamment de clients pour réaliser les économies d'échelle nécessaires.

155. Des données relatives aux différents acteurs du marché peuvent parfois aider à déterminer le délai d'amortissement requis (N) et le taux d'actualisation (i), lesquels permettront d'évaluer le degré de prise de risque pour les investissements (p. ex., la part des coûts irrécupérables à l'entrée), ainsi que les coûts et les ventes escomptées afin d'estimer les recettes de trésorerie (R) à différents niveaux de prix. Ces informations peuvent ensuite servir de base pour le calcul de la valeur actuelle nette (NPV, pour *net*

present value) de l'investissement d'entrée, et fournir ainsi une indication du niveau auquel les prix devraient être fixés pour attirer les nouveaux entrants :

$$NPV(i, N) = \sum_{t=0}^N \frac{R_t}{(1+i)^t}$$

156. Bien que ces calculs puissent avoir une certaine utilité, ils valent en réalité autant que les hypothèses sur lesquelles ils sont fondés et ne peuvent tenir compte de tous les obstacles à l'entrée (notamment réglementaires, liés à l'accès aux ressources limitées ou relatifs au comportement stratégique des entreprises en place). La modélisation de l'entrée dans le marché des recharges de téléphonie mobile, réalisée par la Commission néo-zélandaise du commerce dans le cadre de l'examen de la fusion epay/Ezipay⁴¹, offre un bon exemple de l'utilisation de ce type de calcul et des difficultés rencontrées. En l'espèce, les résultats suggéraient que les probabilités d'une entrée rentable dépendaient de la capacité d'un entrant à accroître rapidement ses parts de marché, or la Commission considéra cette condition peut réalisable.

Analyse d'évaluation

157. La dernière technique quantitative abordée ici, et qui a suscité un intérêt croissant dans le contexte des « acquisitions prédatrices » et de l'achat de cibles plus petites de l'économie numérique par de grandes plateformes en ligne contre des sommes considérables, est l'analyse d'évaluation (OCDE, 2020^[5] ; Latham, Chisholm et Lynch, 2019^[47]). Ce type d'analyse peut néanmoins s'avérer instructive dans n'importe quel scénario de fusion. L'objet d'une analyse d'évaluation est d'étudier de manière critique le prix payé pour une acquisition ou un projet d'acquisition. Une entreprise cible peut représenter une valeur supérieure pour un acquéreur que pour son détenteur actuel en raison des synergies qu'elle peut générer, car de meilleures compétences en matière de gestion seront mises à profit ou parce que la fusion aura pour effet de limiter la concurrence existante ou potentielle.

158. Comparer l'évaluation intrinsèque d'une cible avec l'évaluation des acquéreurs (par exemple, grâce à une analyse des flux de trésorerie actualisés) et étudier les possibles raisons de la différence observée peut contribuer à enrichir l'analyse de la concurrence. En théorie, un vendeur ne devrait pouvoir accepter un prix inférieur à l'évaluation autonome à la valeur actuelle nette. Si l'acquéreur est prêt à payer un montant bien supérieur, il conviendra de s'interroger sur ses motivations et si cette surévaluation peut être justifiée par les gains d'efficacité escomptés ou si elle est fondée sur une augmentation du pouvoir de marché ou une limitation de la concurrence qui, si l'acquisition n'avait pas lieu, aurait altéré la rentabilité des activités existantes de l'acquéreur.

159. Une comparaison du coefficient de capitalisation des résultats de la fusion examinée avec celui d'autres acquisitions équivalentes peut permettre d'identifier certains problèmes, mais il faudra alors s'assurer de bien comparer ce qui est comparable.

3.2. Preuves qualitatives

160. L'économie et l'économétrie sont deux disciplines distinctes. Tel qu'abordé précédemment, l'économie définit le cadre d'analyse qui sous-tend le droit de la concurrence et le contrôle des fusions. Ce cadre permet l'organisation et l'interprétation de

tous les éléments d'appréciation pertinents, qu'ils soient de nature qualitative ou quantitative. Comme le soulignait John Maynard Keynes, l'économie « *est une méthode plus qu'une doctrine, un dispositif cognitif, une technique de pensée, qui aide celui qui la maîtrise à aboutir à des conclusions correctes* » (Keynes, 1922, pp. v-vi_[48]). Une bonne compréhension du fonctionnement des marchés, de la concurrence, du pouvoir de marché et du rôle des incitations permet l'organisation des éléments de preuve en un récit cohérent. Elle constitue un prisme à travers lequel il est possible de donner sens aux éléments observés.

161. Il est par conséquent important d'impliquer des économistes dans l'élaboration des demandes de documentation et d'informations adressées aux parties à une fusion et autres acteurs du marché, et dans l'examen des éléments reçus en retour. Un solide cadre économique est essentiel pour déterminer ce qu'il convient de demander et ce qui importe réellement dans les réponses obtenues. De la même manière, les économistes devraient être invités à contribuer au développement des questionnaires à destination des parties et autres acteurs du marché, et dans l'idéal à participer aux entretiens afin qu'ils puissent poser les questions de suivi nécessaires.

3.2.1. Demandes de documentation et d'informations

162. Les types de documents présentant un intérêt pour le contrôle d'une fusion dépendront de la nature du ou des marchés concernés. Pour établir la demande initiale de documentation, il sera souvent utile d'avoir un premier échange avec les parties à la fusion de sorte à comprendre la nature du marché et le fonctionnement de la concurrence sur ce marché. Dans la plupart des cas, les demandes de documentation s'inscriront dans un processus itératif : à mesure que les autorités acquerront une connaissance approfondie du marché, différents types de documents présenteront un intérêt accru.

163. On peut toutefois considérer que certaines catégories générales d'informations seront pertinentes dans la plupart des scénarios de fusion :

- les études de marché sur le comportement des consommateurs, la fidélisation des consommateurs à certaines marques, les coûts de recherche et de changement de prestataires, les possibilités de substitution ou les bassins de clientèle ;
- les contrats et les dossiers d'appels d'offres applicables ;
- les prescriptions réglementaires potentiellement pertinentes pour la substitution de produits ou les coûts d'entrée ;
- les documents de stratégie interne relatifs à la concurrence, aux concurrents, aux fournisseurs et aux clients, aux investissements, aux obstacles réglementaires et autres obstacles à l'entrée et à l'expansion, aux tarifs, à la commercialisation et à la promotion ;
- les évaluations internes concernant le lancement de nouveaux produits ou les ouvertures de magasins, l'entrée sur le marché ou toute « expérience en situation réelle » pertinente ;
- les données sur les ventes, les coûts et les recettes susceptibles de permettre entre autres le calcul des parts de marché ou l'analyse de la perte critique et de la PHP ;
- les données des séries chronologiques sur les prix et les quantités pouvant révéler des schémas d'interaction entre les entreprises ;
- les données liées à l'utilisation des capacités ;
- les évaluations de gains d'efficacité potentiels découlant de la fusion.

164. Les différents types d'éléments d'appréciation pouvant être recueillis pour le contrôle des fusions sont abordés de manière approfondie dans d'autres publications, et notamment celles du Réseau international de la concurrence (2005^[49] ; 2006^[50] ; 2013^[32]).

165. Les documents produits dans le cadre des activités courantes des entreprises seront certainement les plus utiles pour comprendre le fonctionnement du marché. Les documents antérieurs à tout projet de fusion auront généralement la plus grande force probante, dans la mesure où il est peu probable qu'ils soient influencés par la manière dont ils pourraient être perçus lors du processus de contrôle des fusions. Quel que soit le moment ou le contexte dans lequel ces documents auront été produits, les économistes seront en mesure d'en faire une évaluation critique précieuse, tout en tenant compte de la situation et des incitations sous-jacentes.

3.2.2. Entretiens

166. Les entretiens réalisés auprès des acteurs du marché constituent une autre source importante d'informations qualitatives (et quantitatives) pour le contrôle des fusions. Ils permettent non seulement d'apporter des réponses à des questions essentielles en matière de substitution et de concurrence, par exemple, mais aussi d'éclairer les autorités de la concurrence sur l'existence de données, documents et expériences en situation réelle qui peuvent s'avérer pertinents dans le cadre du contrôle des fusions.

167. La participation des économistes garantit également que les questions formulées seront suffisamment précises (par exemple, sur la substitution en réaction à une SSNIP) et que des questions de suivi pertinentes pourront être posées. Il est également important de comprendre sur quels sujets les différents acteurs du marché peuvent ou non apporter des informations utiles aux autorités de la concurrence et quel intérêt ils peuvent avoir à mettre en avant certains éléments ou à en minimiser d'autres. Les économistes peuvent aider les autorités de la concurrence dans ces objectifs, mais aussi dans l'évaluation critique des déclarations des deux parties à la fusion et des tiers (Farrell, 2004^[51] ; Heyer, 2006^[52]).

168. Les clients (ou les fournisseurs si la question porte sur une potentielle augmentation du pouvoir de l'acheteur suite à la fusion) seront une source importante d'informations sur des sujets comme la disponibilité de substituts, les coûts de recherche et de changement de prestataires, et la difficulté ou la facilité d'accès aux importations. Les fournisseurs peuvent également apporter des informations précieuses sur le comportement des consommateurs, sur la nature de la production, la commercialisation et les contrats, ou encore sur les obstacles à l'entrée. Concernant les documents justificatifs, les types d'informations pouvant être recueillies lors des entretiens avec les parties, leurs clients et leurs fournisseurs sont abordés de manière plus approfondie dans différentes publications du Réseau international de la concurrence.

169. Les clients des parties à la fusion peuvent par ailleurs avoir un avis tranché, qu'il soit positif ou négatif, sur un projet de fusion, or le fait qu'ils seront probablement les plus touchés par une diminution de la concurrence (et par tout gain d'efficacité qui en découlerait) ne veut pas pour autant dire qu'ils sont les plus à même d'évaluer ces effets. Les consommateurs constituent également une source intéressante d'informations sur leur propre comportement dans un marché donné, lesquelles informations permettront souvent de compléter d'autres éléments d'appréciation qualitatifs recueillis de manière systématique sur l'ensemble du marché. Ils peuvent, par exemple, être en mesure d'expliquer pourquoi différents produits sont ou non des substituts économiques valables et pourquoi les consommateurs choisissent ou non de se tourner vers d'autres fournisseurs. Ils peuvent également expliquer l'intérêt d'un produit particulier et pour quelles raisons il leur serait difficile (ou non) de changer de fournisseur ou de produit. Les études de marché ou les données d'enquête peuvent fournir des informations à l'échelle du marché sur le

comportement des consommateurs, mais leurs motivations peuvent être plus difficiles à cerner sans éléments d'appréciation recueillis directement auprès des consommateurs individuels. Les informations de ce type peuvent également s'avérer pertinentes pour identifier les obstacles à l'entrée liés à la réputation (par exemple, les clients peuvent être en mesure d'expliquer pourquoi l'utilisation d'un nouvel entrant dont on ignore la qualité serait susceptible d'induire des coûts importants pour les utilisateurs).

170. Il est toutefois peu probable que les consommateurs disposent d'informations sur la surcapacité des fournisseurs ou l'arrivée potentielle d'un nouvel entrant sur le marché, même si ces deux facteurs sont en réalité essentiels pour déterminer les effets probables d'une fusion. Dans certains cas, les consommateurs peuvent détenir des informations pertinentes au niveau de l'offre (comme les gros clients envisageant une intégration verticale ou subventionnant une nouvelle entrée). Il importera alors de prendre en compte la position d'autres clients qui ne seraient pas aussi bien placés et de déterminer si le fournisseur aura la possibilité d'opérer une discrimination par les prix suite à la fusion. Les inquiétudes des consommateurs concernant le marché ou le projet de fusion peuvent également aider à orienter les demandes de documentation et d'informations à l'intention des parties à la fusion et autres fournisseurs, notamment en portant à la connaissance des autorités de la concurrence différentes expériences en situation réelle, susceptibles elles-mêmes de mettre au jour les conséquences potentielles d'une fusion.

171. Bien que l'on puisse estimer comme impartiales (si ce n'est très informées) les impressions des clients sur les effets probables d'une fusion, cela n'est pas toujours le cas. Les clients intermédiaires, qui sont en concurrence avec d'autres acheteurs dans l'approvisionnement de produits en aval, ne s'intéresseront quant à eux pas uniquement à la manière dont la fusion pourrait les affecter, mais également à la manière dont elle pourrait affecter leurs concurrents. Si la fusion risque d'affecter leurs concurrents d'une façon plus négative qu'elle ne devrait les affecter eux-mêmes (par exemple, car ces concurrents sont plus dépendants des entreprises parties à la fusion), ils pourraient être tentés de minimiser les effets négatifs potentiels de la fusion (Heyer, 2006_[52]). À l'inverse, si une fusion offre la promesse de gains d'efficacité supérieurs pour leurs concurrents que pour eux-mêmes, les clients intermédiaires seraient plus enclins à s'opposer à cette fusion. Il peut arriver dans certains cas que l'ensemble des clients intermédiaires en place puissent unanimement tirer parti (ou souffrir) des effets d'une fusion liée à de nouveaux entrants potentiels. Toutes les entreprises historiques pourraient par exemple bénéficier de contrats à long terme qui leur assurent une stabilité des prix pour plusieurs années. De façon plus générale, la répercussion des coûts dépendra de la forme des courbes des coûts et de la demande, et de la nature des interactions concurrentielles (RBB Economics, 2014_[53]). Il serait sûrement trop réducteur de penser que si des acheteurs sont favorables à une fusion celle-ci sera bénéfique pour la concurrence, et inversement.

172. Probablement de manière encore plus évidente que dans le cas des consommateurs, les fournisseurs ne sont pas exempts d'une certaine partialité. Il serait toutefois trop simple, cette fois encore, de considérer que si des entreprises concurrentes s'opposent à une fusion, cette dernière doit être bénéfique et favoriser le jeu de la concurrence, et inversement. Même s'il est vrai que le contrôle des fusions devrait mettre l'accent sur la concurrence plutôt que sur les concurrents, les deux peuvent néanmoins se rejoindre fortement dans les marchés où il n'existe que peu d'entreprises concurrentes. Ainsi, lorsque les inquiétudes portent non pas sur le renforcement du pouvoir d'un concurrent mais sur des pratiques potentielles d'exclusion, les intérêts des entreprises concurrentes et des consommateurs peuvent être davantage concordants. À titre d'exemple, une fusion verticale peut donner à l'entreprise issue de la fusion le contrôle sur un entrant ou un client critique, et donc susciter des préoccupations sur un éventuel verrouillage.

3.3. Assembler les pièces du puzzle

173. « Les autorités de la concurrence et les tribunaux ont la lourde tâche d'évaluer les projets de fusions qui leur sont soumis. Or prédire l'état du monde à la suite d'une fusion qui n'a pas encore eu lieu est un véritable défi » (Heyer, 2006, p. 3_[52]). Cet effort de prévision est justement ce qui rend le contrôle des fusions particulièrement complexe, notamment pour les juristes et les tribunaux qui ont davantage l'habitude de s'appuyer sur des preuves et des éléments d'appréciation factuels. Comme l'a souligné l'ancien juge Finkelstein (2020, p. 82_[54]) :

Lorsque le tribunal fédéral étudie ce qui peut ou non se produire sur le marché hypothétique en question, il ne s'engage alors pas dans une opération de collecte de données. Tout est alors question de prédiction.

174. Rassembler toutes les preuves pertinentes au contrôle d'une fusion s'apparente à devoir reconstituer un puzzle. Seuls quelques éléments de preuve importants suffiront parfois à convaincre une autorité de la concurrence que la fusion examinée ne posera pas de problème sérieux de concurrence, estimant alors que le tableau général est suffisamment clair pour ne pas avoir besoin de toutes les pièces manquantes. Néanmoins, lorsqu'une fusion suscite des inquiétudes, davantage de pièces du puzzle devront être identifiées, même s'il en manquera pratiquement toujours quelques-unes au bout du compte.

175. Les économistes ne devraient prétendre être en mesure de prédire l'avenir en se fondant sur un modèle mathématique. Dans une lettre adressée à A.L. Bowley en 1906, Alfred Marshall, l'un des « pères fondateurs » de la théorie économique (et mathématicien de formation), écrivait ceci :

Dans les dernières années de ma carrière, il m'est apparu de moins en moins probable que même un solide théorème mathématique à l'appui d'une hypothèse puisse relever d'une bonne pratique de la théorie économique, et je réfléchissais de plus en plus à ces règles : (1) Exploitez les mathématiques comme une forme de sténographie, plutôt que comme un outil d'investigation ; (2) Allez au bout de votre logique ; (3) Convertissez votre raisonnement en prose ; (4) Illustrez-le d'exemples ancrés dans la vie réelle ; (5) Jetez les mathématiques aux oubliettes ; (6) Si le point 4 s'avère pour vous impossible, brûlez ce que vous avez réalisé au point 3. Souvent je dus me résoudre à cette dernière extrémité.

176. Les modèles exploités par les économistes sont certainement beaucoup moins fiables que les modèles épidémiologiques utilisés notamment dans le cadre de la pandémie de Covid-19, pour la simple raison que l'économie n'est pas une science. Il est donc essentiel de se méfier des solutions miracles qui pourraient nous être présentées (Bishop, 2013_[34]). Le risque est que tous ces économistes qui se targuent de proposer des modélisations quantitatives sophistiquées aux capacités de prédiction généralement surévaluées finissent par se contredire et soient globalement discrédités. Chaque modèle pourrait en réalité offrir un éclairage intéressant, et comprendre pourquoi ces modèles ont produit des résultats différents pourrait permettre de mieux saisir les effets potentiels d'une fusion.

177. L'important est d'établir un cadre économique (et juridique) solide, afin d'évaluer efficacement l'ensemble des éléments d'appréciation, qu'il s'agisse de documents, de témoignages ou d'analyses quantitatives. Ce cadre est un moyen d'organiser toutes les informations et analyses potentiellement pertinentes afin d'acquérir une bonne compréhension du fonctionnement de la concurrence sur le marché en question et d'évaluer le mieux possible les effets probables d'une fusion, lesquels ne pourront finalement jamais être prédits avec une précision parfaite. Différents types d'informations apporteront

différentes pièces du puzzle : les données sur les coûts et les recettes peuvent être utilisées pour calculer la perte critique, les données d'enquêtes peuvent contribuer à déterminer la perte effective et les éléments fournis par les témoins peuvent expliquer pourquoi la perte effective pourrait être supérieure ou inférieure à la perte critique. En cas d'incohérence entre les différents éléments d'appréciation, un complément d'instruction sera nécessaire pour comprendre l'origine de ces disparités. Dans tous les cas, le contrôle des fusions nécessite qu'une décision soit prise sur la base de tous les éléments de preuve disponibles et dans le respect du critère légal. Les avantages pour les décideurs seront bien supérieurs si les économistes leur exposent clairement ce que leurs analyses peuvent ou ne peuvent pas révéler sur la concurrence d'un marché donné et sur les conséquences possibles d'une fusion, plutôt que s'ils exagèrent les capacités de leurs modèles.

3.4. Évaluation des mesures correctrices

178. Une fois le contrôle des fusions terminé (voire avant dans certains cas), les parties ont la possibilité de proposer des mesures correctrices afin de dissiper tout problème de concurrence qui aurait été signalé. La validation d'une grande partie des fusions passe aujourd'hui par la mise en œuvre de mesures correctrices. Assurer l'efficacité de telles mesures a autant d'importance qu'analyser les incidences d'une fusion sur la concurrence. Si les mesures correctrices adoptées n'ont pas les effets escomptés, la fusion aura pour ainsi dire été validée en l'état. Pire encore, la concurrence pourrait souffrir d'effets indésirables imprévus. À l'inverse, des mesures correctrices réellement efficaces peuvent permettre des gains d'efficacité induits par la fusion, tout en dissipant en grande partie les inquiétudes liées aux questions de concurrence, lesquelles inquiétudes pourraient alors se limiter à certains marchés affectés par la fusion. Élaborer des mesures correctrices efficaces nécessite des consultations et des délibérations approfondies, et peut soulever de nombreux problèmes, même dans le cas de cessions d'actifs *a priori* relativement simples. En 2016, le Réseau international de la concurrence a mis à jour son guide des mesures correctrices dans les affaires de fusion afin d'intégrer les expériences et enseignements des autorités de la concurrence dans la mise en œuvre de mesures correctrices. Ce guide aborde en profondeur l'ensemble des questions qui peuvent se poser lorsque de telles mesures sont envisagées pour un projet de fusion (RIC, 2016_[55])⁴².

179. Les économistes peuvent également jouer un rôle non négligeable dans l'évaluation des mesures correctrices. Comprendre le cadre économique et l'analyse de l'impact potentiel du projet de fusion sera essentiel pour déterminer quelles mesures correctrices permettront d'apaiser les inquiétudes et de gérer les conséquences potentielles imprévues. À ces fins, l'analyse des contraintes et des incitations liées aux mesures correctrices peut s'avérer particulièrement intéressante (Kwoka, 2017_[56]). En effet, quelles sont les contraintes qui pèsent sur le comportement des entreprises issues d'une fusion et de quelle manière les parties sont-elles incitées à respecter les mesures adoptées ? Les autorités de la concurrence sont-elles par ailleurs en capacité de détecter rapidement tout manquement à ces obligations ? Les mesures correctrices suppriment-elles les contraintes ou créent-elles de nouvelles incitations pour les autres acteurs du marché ? À titre d'exemple, l'Encadré 15 présente l'analyse économique de mesures correctrices proposées par l'autorité brésilienne de la concurrence dans une affaire de fusion.

Encadré 15. Analyse économique dans l'évaluation des mesures correctrices par le CADE

L'autorité brésilienne de la concurrence (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, CADE) a réalisé une analyse économique afin d'évaluer l'efficacité des

mesures correctrices proposées par les parties à la fusion dans l'affaire ArcelorMittal/Siderurgia. En l'espèce, le CADE craignait que la fusion n'entraînant une hausse des prix des produits sidérurgiques longs sous l'effet du pouvoir de marché de l'entité issue de la fusion et estimait qu'il y avait un risque de pratiques coordonnées entre les principales entreprises du secteur. Pour dissiper ces inquiétudes, les parties proposèrent un ensemble de mesures correctrices dont les conditions étaient confidentielles.

L'efficacité des mesures proposées fut alors évaluée par le service des études économiques (*Departamento de Estudos Econômicos*, DEE) du CADE. La structure du marché postérieure à l'application de ces mesures fit l'objet d'une évaluation fondée sur l'IHH, le Δ IHH, ainsi que sur l'indice de concentration. Les effets unilatéraux furent quant à eux évalués à partir du GUPPI et de la PHP.

Sur cette base, le DEE conclut que l'ensemble de mesures correctrices proposées ne permettrait pas de résoudre entièrement les problèmes de concurrence identifiés par le CADE. Le CADE choisit de suivre l'avis du DEE. Les parties proposèrent par la suite un ensemble révisé de mesures correctrices qui fut à terme accepté par le CADE.

Source : note technique du DEE, 12 janvier 2018, affaire n° 08700.002165 / 2017-97, ArcelorMittal/Votorantim Siderurgia, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-no-2.pdf>.

180. Une distinction est généralement faite entre les mesures correctrices structurelles et comportementales (RIC, 2016_[55]). La plupart des autorités de la concurrence ont fait état d'une préférence pour les mesures correctrices structurelles⁴³ et dans certains pays le droit prévoit uniquement l'application de ce type de mesures⁴⁴. Les mesures correctrices structurelles impliquent la cession d'actifs et la restauration d'une structure de marché permettant de maintenir la concurrence à un niveau globalement équivalent à son niveau antérieur à la fusion. Les mesures correctrices comportementales impliquent quant à elles des engagements à adopter des pratiques qui empêcheront l'apparition des effets anticoncurrentiels identifiés (par exemple, l'obligation d'assurer l'approvisionnement d'un intrant aux entreprises concurrentes). Kwoka souligne que la différence essentielle en termes d'économie entre les mesures correctrices structurelles et comportementales est que les mesures structurelles reposent sur la protection de la structure du marché (autrement dit, l'intérêt propre des entreprises à optimiser leurs bénéfices est ce qui permet de préserver la concurrence), alors que les mesures comportementales exigent que les entreprises changent leur comportement pour adopter des pratiques le plus souvent contraires à leurs objectifs d'optimisation des bénéfices (Kwoka et Moss, 2012_[57] ; Kwoka, 2017_[56] ; Kwoka, 2020_[58]).

181. En pratique, la distinction entre les deux types de mesures correctrices est moins claire : une mesure correctrice structurelle efficace doit souvent être accompagnée d'engagements comportementaux transitoires (voire pérennes), comme l'obligation d'assurer temporairement l'approvisionnement d'intrants ou la concession de licences de certaines marques. De la même manière, les mesures correctrices comportementales peuvent revêtir un caractère quasiment structurel, comme des contrats de licence de contenu ou de marque à (très) long terme.

182. Il est généralement admis que la différence intrinsèque entre les incitations liées aux mesures correctrices structurelles et celles liées aux mesures comportementales, renforcée par l'asymétrie des informations, est susceptible de poser des problèmes particuliers dans l'application efficace des mesures correctrices comportementales et sur le plan des obligations de suivi à long terme (et des coûts associés). Les mesures correctrices

comportementales restent néanmoins courantes, notamment dans le cadre de fusions verticales qui n'affectent pas directement la structure horizontale du marché ou des fusions horizontales susceptibles de générer des gains d'efficacité mais pouvant poser des problèmes de concurrence sur un marché donné qui ne seraient pas facilement résolus par la cession d'actifs. Les mesures correctrices structurelles non plus ne sont pas sans risques. Il est ainsi essentiel que les actifs cédés suffisent à préserver la concurrence et que l'acquéreur soit en mesure d'exploiter ces actifs de manière à maintenir le niveau de concurrence. Les mesures comportementales transitoires seront souvent déterminantes pour garantir l'efficacité des mesures correctrices structurelles.

183. Les conditions imposées par l'alliance aérienne conclue entre Virgin Australia et Air New Zealand pour la prestation de services entre les deux pays illustrent bien les efforts qui peuvent être mis en place pour gérer les conséquences imprévues⁴⁵. Lorsque cette alliance fut autorisée en 2010, l'ACCC imposa aux deux compagnies aériennes des conditions les obligeant à respecter des niveaux de capacité spécifiques pour chacune des liaisons potentiellement problématiques. Lors du renouvellement de cette autorisation en 2013, les conditions furent révisées afin d'imposer une condition de capacité totale sur les liaisons ciblées, offrant ainsi aux parties davantage de flexibilité dans la répartition des capacités en fonction de la demande, et ce, afin d'éviter les scénarios où certains aéroports pourraient bénéficier d'un effet de levier monopolistique par rapport aux compagnies aériennes, du fait que ces dernières ont pour obligation d'acquiescer un niveau minimum de services à certains aéroports⁴⁶.

184. Le marché danois du béton offre un autre exemple intéressant de conséquences imprévues. Bien qu'il ne soit pas question d'une mesure correctrice imposée dans une affaire de fusion, cela aurait très bien pu être le cas. En 1993, l'autorité danoise de la concurrence décida de recueillir et de publier des statistiques sur les prix pratiqués par les entreprises pour deux qualités de béton prêt à l'emploi, et ce, afin d'améliorer la transparence sur ce marché et de simplifier les comparaisons pour les consommateurs. Ce regain de transparence semble néanmoins avoir grandement facilité la coordination des prix sur un marché déjà concentré puisque les prix connurent une hausse (inexplicable autrement) de 15 à 20 %, sachant que les prix pratiqués par les entreprises opérant dans les mêmes zones géographiques avaient tendance à converger (Albæk, Møllgaard et Overgaard, 1997^[59]).

3.5. Évaluation *ex post* des fusions

185. Le dernier domaine abordé dans lequel les économistes ont un rôle essentiel à jouer est celui de l'évaluation *a posteriori* des acquisitions réalisées (y compris celles ayant fait l'objet de mesures correctrices). La FTC a été l'un des principaux promoteurs des études rétrospectives sur les fusions, et a récemment réaffirmé et étendu son engagement en ce sens, tout en encourageant les autres autorités à les adopter et en diffusant leurs travaux⁴⁷. L'Union européenne a également publié une étude approfondie dont elle confia la réalisation à des chercheurs universitaires, consistant à examiner *a posteriori* les décisions des autorités de la concurrence européennes dans des affaires de fusion (Ormosi, Mariuzzo et Havell, 2015^[6]). L'OCDE a par ailleurs organisé différents ateliers et tables rondes afin d'aborder les expériences des autorités de la concurrence dans la mise en œuvre d'évaluations *ex post* de leurs interventions, y compris dans le cadre du contrôle de fusions⁴⁸.

186. Les contrôles *ex post* des fusions peuvent servir différents objectifs. D'abord, ils peuvent aider à déterminer si les autorités de la concurrence se sont montrées trop laxistes dans le traitement des fusions par l'analyse des retombées sur les prix et hors prix dans les marchés concernés et par comparaison avec des marchés où aucune fusion n'est intervenue,

et ce, grâce à des méthodes telles que l'approche des doubles différences. Ensuite, ils peuvent permettre d'évaluer les capacités de prédiction des différents dispositifs économiques utilisés pour filtrer ou analyser les fusions (comme les indices de PHP ou la simulation de fusion). Enfin, ils peuvent contribuer à évaluer l'efficacité de l'éventail de mesures correctrices appliquées dans les affaires de fusion pour dissiper les potentiels effets préjudiciables à la concurrence.

Encadré 16. Effet des fusions sur les marchés de recherche : exemple du secteur hypothécaire canadien

Allen et al. utilisèrent l'approche des doubles différences pour examiner les incidences d'une fusion entre deux des huit plus grands prêteurs hypothécaires du Canada, lesquels disposaient de leur propres réseaux d'agences locales. Ils comparèrent ainsi un « groupe test » de consommateurs qui avait la possibilité de faire appel aux agences des deux parties à la fusion et un « groupe témoin » qui ne pouvait faire appel aux agences que d'une seule des deux parties, voire à aucune agence. Le marché des prêts hypothécaires avait pour caractéristique que les prix étaient publiés à l'échelle nationale, or les consommateurs qui faisaient les recherches nécessaires et parvenaient à trouver un responsable d'agence conciliant pouvaient négocier les prix dans une certaine mesure, donnant ainsi lieu à une grande dispersion des prix. Les auteurs étudièrent alors non seulement l'impact de cette fusion sur le consommateur moyen, mais aussi sur la répartition des prix pratiqués. Ils mirent en évidence que les prix augmentaient pour environ les trois quarts des consommateurs, et dans le cas des consommateurs payant les plus forts taux d'intérêt (soit ceux qui avaient fait le moins de recherches et d'efforts de négociation), les prix restaient les mêmes. Il en résultait ainsi une compression de la répartition globale des prix.

Source : Allen, Jason, Robert Clark et Jean-François Houde, 2014, « *The Effect of Mergers in Search Markets: Evidence from the Canadian Mortgage Industry* », *American Economic Review*, 104 (10): 3365-96.

187. L'expérience de la FTC dans les fusions hospitalières offre un exemple concret de l'efficacité du contrôle *ex post* des fusions pour faire évoluer l'approche des autorités de la concurrence dans ce type d'affaire. Après s'être opposée sans succès à différentes opérations de fusions hospitalières à la fin des années 90, la FTC réalisa plusieurs études rétrospectives sur les fusions afin d'étudier les effets sur les prix d'une série de fusions finalisées dans ce secteur. D'après ces études, la méthode Elzinga-Hogarty utilisée pour la délimitation des marchés géographiques avait conduit à des marchés bien trop vastes et dans lesquels les hôpitaux sans but lucratif exerçaient un pouvoir de marché. Grâce à ces études, une nouvelle approche fut adoptée pour le traitement des fusions hospitalières par la FTC et l'autorité put s'opposer aux fusions visées avec succès⁴⁹.

188. Lorsque les autorités de la concurrence ne disposent que de ressources limitées, il leur est difficile de consacrer du temps au contrôle *ex post* des fusions en parallèle au traitement des projets de fusion qu'elles reçoivent. L'ensemble de ces autorités peuvent toutefois tirer des enseignements des évaluations *ex post* réalisées par les autorités de la concurrence qui ont les ressources et l'expérience nécessaires. Le site internet de la FTC propose une bibliographie des études rétrospectives mises en œuvre par des tiers⁵⁰ en plus de celles directement réalisées par la FTC⁵¹. Il inclut également des transcriptions et des vidéos de l'audition consacrée aux études rétrospectives sur les fusions organisée en 2019⁵².

189. Bien qu'il ne s'agisse que d'une petite autorité de la concurrence, la Commission néo-zélandaise du commerce est parvenue à utiliser les évaluations *ex post* d'une manière plus ciblée (Csorgo et Chitale, 2015_[60]). Ainsi, plutôt que de tenter de déterminer si une fusion a eu un impact négatif sur les prix (ou sur des aspects hors prix) à partir des données disponibles pour les besoins analytiques, la Commission a réalisé des enquêtes visant à déterminer si les évolutions du marché sur lesquelles elle avait fondé ses décisions (comme une nouvelle entrée ou une hausse des importations) ont effectivement eu lieu, et dans le cas contraire, pour quelles raisons. Cette approche fut utilisée pour un grand nombre de transactions dans le but d'identifier les techniques et les catégories d'éléments d'appréciation qui se sont avérées les plus utiles.

190. Les analyses réalisées par des économistes et des analystes commerciaux sur les gains d'efficacité effectivement obtenus suite à des fusions ont montré que les gains escomptés se concrétisent rarement (voir par exemple Kwoka (2020_[58]) et Christensen et al. (2011_[61])). Ces recherches tendent à confirmer que les autorités de la concurrence ont raison d'être sceptiques quant aux gains d'efficacité avancés dans le cadre du contrôle des fusions et d'exiger ainsi des parties à la fusion qu'elles apportent des éléments d'appréciation réellement convaincants.

4. Participation des économistes et organisation

191. L'économie est un aspect central du droit de la concurrence. Elle constitue par ailleurs un cadre d'analyse permettant l'examen de données factuelles. Les économistes ont donc un rôle essentiel à jouer dans l'évaluation des différents types d'éléments d'appréciation disponibles, qu'il s'agisse de données, de preuves documentaires ou d'éléments fournis par des témoins. La pertinence d'une analyse économique se mesure néanmoins à l'aune d'une norme juridique. Il est donc particulièrement important que les économistes soient en mesure d'expliquer clairement leurs analyses à des juristes et à des juges. Une question se pose alors : comment gérer et organiser au mieux l'intervention d'économistes dans l'application du droit de la concurrence ?

192. Un certain nombre de questions mériteraient d'être examinées, mais la présente section s'articulera autour de trois problèmes principaux :

- le recours aux économistes et l'organisation de leur participation aux travaux des autorités de la concurrence ;
- l'intervention d'économistes mandatés par les parties à la fusion et autres parties ;
- les conclusions d'experts devant les tribunaux.

4.1. Recours aux économistes et organisation de leur participation aux travaux des autorités de la concurrence

193. D'après l'édition 2020 du manuel de l'économie de la concurrence (*Competition Economics Handbook*) publié par la *Global Competition Review* (GCR), environ deux tiers des autorités de la concurrence répertoriées comptaient dans leurs effectifs un économiste en chef ou un responsable à un poste équivalent (GCR, 2020_[62]). Cette proportion semble progresser légèrement par rapport aux années précédentes. Plus de la moitié des participants à une étude consacrée aux économistes, réalisée en 2017 par le Réseau international de la concurrence, déclaraient que le rôle des économistes s'était renforcé au cours des dix dernières années, y compris via la création et le développement du poste d'économiste en chef⁵³.

194. Toutes les autorités de la concurrence ayant répondu aux questions de la GCR indiquaient compter des économistes dans leur personnel, même si le modèle d'organisation pouvait être très différent suivant les cas. Environ deux tiers disposaient d'une unité de spécialistes de l'économie ou d'une structure réunissant des économistes dans un service spécialisé (GCR, 2020_[62]). Il n'existait aucun modèle particulier caractérisant les autorités de la concurrence disposant d'un économiste en chef ou d'une unité de spécialistes de l'économie (ou équivalent). Par exemple, plusieurs autorités de la concurrence de moindre envergure comptaient un économiste en chef mais pas d'unité de spécialistes de l'économie. Pratiquement toutes les autorités de la concurrence semblent intégrer des économistes dans leurs équipes en charge des affaires, en complément ou en remplacement d'une unité spécialisée. Le rôle joué par les économistes dans le contrôle des fusions était par ailleurs souvent souligné.

195. Un peu moins des deux tiers des participants à cette étude du Réseau international de la concurrence indiquaient que leur structure intégrait une unité de spécialistes de l'économie, alors que tous déclaraient à l'unanimité que les juristes et les économistes collaboraient au sein des équipes en charge des affaires et se partageaient à égalité la direction de ces équipes⁵⁴.

196. Ces illustrations du fonctionnement interne des autorités de la concurrence témoignent de l'approche rationnelle qu'elles ont adoptée pour tirer le meilleur parti de la participation des économistes à leurs travaux. L'application du droit économique nécessite une pleine collaboration entre les juristes et les économistes. Dans l'idéal, ils devraient tous disposer d'un niveau minimum de connaissances dans les domaines du droit et de l'économie de la concurrence. Les économistes devraient également échanger entre eux, partager leurs idées et faire valider leurs travaux par d'autres économistes. Il existe naturellement des avantages et des inconvénients, d'une part, au modèle d'organisation fonctionnel ou centralisé, dans lequel les économistes sont regroupés au sein d'un pôle de spécialistes, et, d'autre part, au modèle par division ou délégation, dans lequel les économistes sont intégrés à des équipes ou services pluridisciplinaires (Froeb, Pautler et Röller, 2008_[63]). Froeb et al. (2008_[63]) considèrent que disposer d'une unité centralisée permet souvent de produire des analyses de meilleure qualité, mais que la prise en compte de ces analyses dans les processus décisionnels (pour apporter une réponse aux questions pertinentes et expliquer les résultats) peut s'avérer plus complexe que lorsque les économistes font partie intégrante des divisions. Ils concluent sans grande surprise que pour être efficace un organisation fonctionnelle nécessite de solides liens horizontaux au sein de l'autorité de la concurrence, alors qu'une organisation par division nécessite de solides liens verticaux (comme des recommandations économiques indépendantes et des responsables forts d'une expertise fonctionnelle à la fois en matière d'économie et de droit).

197. Bien que les autorités de la concurrence soient organisées selon des structures très variées, la plupart semblent convenir de l'importance de l'exploitation d'analyses économiques de haute qualité dans leurs activités, y compris dans le contrôle des fusions. La plupart adoptent également, à des degrés divers, une sorte de modèle hybride s'appuyant à la fois sur des économistes dédiés et intégrés, et/ou dans lequel les économistes de l'unité spécialisée sont intégrés dans des équipes spécifiques en charge des affaires, tout en étant sous la responsabilité d'un économiste en chef.

4.2. Économistes mandatés par les parties à la fusion et autres parties

198. Il est courant pour les parties à la fusion (et dans une moindre mesure pour d'autres tiers, comme les principaux clients des parties à la fusion qui s'inquiéteraient des conséquences potentielles de la fusion sur la concurrence) de confier à leurs propres économistes la réalisation d'une analyse économique à leur intention, laquelle pourra ensuite

être communiquée dans un rapport à l'autorité de la concurrence compétente. Même si les parties qui commanditent ces travaux sont tout sauf des observateurs objectifs, les économistes auxquels elles font appel ne sont pas nécessairement à leur solde. Ces économistes ont généralement à cœur de préserver leur réputation d'indépendance, de sorte que leurs analyses auront plus de chances d'être prises au sérieux par les décideurs. Si elle est réalisée dans les règles de l'art, une analyse économique fournie par des parties extérieures peut s'avérer extrêmement utile pour les autorités de la concurrence, notamment lorsque leurs ressources limitées ne leur permettent pas de réaliser elles-mêmes ces analyses.

199. Dans l'optique de garantir que ces analyses économiques externes seront réellement exploitables, plusieurs autorités de la concurrence ont publié des notes d'orientation pour la communication de preuves économiques, et plus particulièrement pour les analyses quantitatives. C'est ainsi le cas de la Commission européenne⁵⁵, de la Commission britannique de la concurrence (note adoptée par la CMA)⁵⁶, du Bundeskartellamt⁵⁷ et de la Commission néo-zélandaise du commerce⁵⁸.

200. Ci-dessous sont énoncés certains des principes de base repris dans ces documents d'orientation :

- l'objet de l'analyse est pertinent et clairement défini ;
- les hypothèses qui sous-tendent l'analyse sont décrites en détail ;
- des techniques appropriées sont appliquées ;
- les données répondent à l'objectif défini ;
- l'analyse est transparente et reproductible ;
- les résultats supportent de légères modifications en termes de données ou de méthodologie ;
- les résultats sont explicables, y compris en cas d'incohérence avec d'autres éléments d'appréciation ; et
- l'analyse est présentée de manière claire et peut être comprise par des experts non techniques.

201. Si ces principes sont bien assimilés et que les économistes extérieurs soumettent leur analyse suffisamment tôt pour que l'autorité de la concurrence puisse l'examiner et la mettre à l'épreuve, cette analyse pourra s'avérer d'une grande utilité et représentera une économie appréciable en termes de ressources internes.

4.3. Économistes intervenant au tribunal

202. Certaines affaires de fusion doivent parfois être résolues au tribunal. Il conviendra dans ce cas que les éléments de preuve économiques soient présentés d'une manière qui permette aux juges d'en prendre toute la mesure (OCDE, 2008_[64]). Ces éléments d'appréciation devront non seulement être pertinents et recevables, mais aussi aisément compréhensibles. Bien que les systèmes juridiques et les règles en matière de preuves qui s'appliquent aux affaires de droit de la concurrence varient d'un pays à l'autre, et que le présent document n'ait pas pour ambition d'analyser le rôle des économistes experts auprès des tribunaux dans ces différents systèmes juridiques, il existe néanmoins des questions générales qui pourront ici être abordées brièvement.

203. Dans le contexte du contrôle des fusions et du droit de la concurrence de manière plus globale, l'économie n'est pas une théorie abstraite mais l'application d'un raisonnement économique aux éléments factuels d'une affaire, dans le but de déterminer si

une fusion établie ou un projet de fusion entraînera une violation de la loi. De nombreuses affaires de fusion se régleront sans l'intervention des tribunaux et seront directement gérées par l'autorité de la concurrence compétente, mais dans la majorité des régimes de droit de la concurrence la décision finale revient au tribunal en cas de fusion contestée, que ce soit en première instance ou en appel. Lorsqu'une autorité de la concurrence prendra des décisions dans le cadre d'un contrôle de fusion, celles-ci devront s'inscrire dans le cadre du droit applicable de la juridiction correspondante, et plus généralement avec le regard critique que pourrait avoir un juge, afin de déterminer si les éléments de preuve sont suffisants pour respecter le seuil légal. La plupart du temps, les experts décisionnaires au sein des autorités de la concurrence auront une formation juridique plutôt qu'économique. Une présentation pertinente de l'analyse économique devant un tribunal s'avérera ainsi tout aussi pertinente pour les décideurs des autorités de la concurrence.

204. Pour citer Keynes (1936, pp. 297-298_[65]) une dernière fois :

Trop de récentes « économies mathématiques » ne sont que pures spéculations ; aussi imprécises que leurs hypothèses initiales, elles permettent aux auteurs d'oublier dans le dédale des symboles vains et prétentieux les complexités et les interdépendances du monde réel.

205. Même si certains juges ont une formation en mathématiques et sont capables de comprendre un théorème économique abstrait présenté sous la forme d'une expression algébrique, nombreux sont ceux qui préféreront ne pas recevoir d'éléments de preuve de ce type, d'autant qu'ils pourraient tout simplement ne pas être pertinents en l'espèce. Les preuves économiques ne sont réellement utiles pour un juge que si elles expliquent clairement l'application d'un raisonnement économique aux éléments matériels d'une affaire. Dans la mesure où l'économie et les économistes jouent un rôle de plus en plus important dans les activités des autorités de la concurrence, il est essentiel que les analyses soient appuyées par des faits étayés et présentées de manière claire et adaptée au cadre juridique. Dans le cas contraire, elles pourraient perdre de leur pertinence dans les affaires les plus rigoureuses ou contestées. On ne peut que conseiller aux autorités de la concurrence de veiller à ce que les économistes experts qu'elles choisissent puisse suivre les conseils de Keynes, en exprimant la théorie économique par des mots simples et en l'appliquant aux éléments factuels des fusions. Comme Ronald Coase l'aurait un jour conseillé au juge Ginsburg, « si un économiste ne peut s'exprimer de manière appropriée en termes simples, il est probable qu'il ne sait pas de quoi il parle » (OCDE, 2008, p. 89_[64]).

206. Certaines juridictions ont prévu des dispositions permettant l'intervention d'experts civils auprès des tribunaux, lesquels sont souvent des économistes forts d'une expérience et d'une formation adaptée en droit de la concurrence. La Haute Cour de Nouvelle-Zélande, par exemple, permet à certains économistes non membres de la magistrature de siéger avec les juges pour des affaires de concurrence. En Australie, plusieurs experts civils siègent aux côtés du président du Tribunal australien de la concurrence, lequel est notamment chargé d'examiner les décisions de l'ACCC. Les tribunaux de la concurrence du Canada et d'Afrique du Sud, deux organes décisionnaires de première instance, comptent eux aussi des experts non membres de la magistrature (parmi lesquels figurent souvent des économistes). Au Royaume-Uni, la Cour d'appel sur la concurrence fait également siéger des économistes aux côtés des juges. De telles mesures ont pour objectif d'aider les juges à mieux comprendre les arguments économiques évoqués et à appliquer un raisonnement économique dans l'analyse des affaires examinées. Ces situations ne constituent toutefois pas une norme et les experts économiques seraient mal avisés d'attendre des experts du tribunal qu'ils expliquent à leur place au juge les éléments de preuve qu'ils présentent.

207. Certains tribunaux ont pris des dispositions pour permettre aux différents experts de s'entretenir directement. En Australie, par exemple, une note sur la pratique du tribunal fédéral en matière de conclusions d'experts⁵⁹ inclut des dispositions spécifiques pour les conférences d'experts, les rapports conjoints (visant à expliquer au tribunal les points d'accord et de désaccord des différents économistes) et les éléments de preuve concomitant (par le biais de « panels d'experts »), et ce, aux fins de la présentation et de l'évaluation des preuves économiques. La méthode des panels d'experts a été initiée par le Tribunal australien de la concurrence avant d'être adoptée par le tribunal fédéral. Certaines juridictions prévoient également le recours à des experts directement désignés par les tribunaux (OCDE, 2016_[66]).

Références

- ACCC (2019), *Dairy inquiry final report*, <https://www.accc.gov.au/publications/dairy-inquiry-final-report>. [75]
- Albæk, S., P. Møllgaard et P. Overgaard (1997), « Government-Assisted Oligopoly Coordination? A Concrete Case », *The Journal of Industrial Economics*, vol. 45/4, <https://doi.org/10.1111/1467-6451.00057>. [59]
- Baker, J. (2002), « Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects Under the Antitrust Laws », *New York University Law Review*, vol. 77, <https://www.nyu.edu/lawreview/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-77-1-Baker.pdf>. [16]
- Bishop, S. (2013), « Snake-oil with mathematics is still snake-oil: Why recent trends in the application of so-called « sophisticated » economics is hindering good competition policy enforcement », *European Competition Journal*, vol. 9/1, <http://dx.doi.org/10.5235/17441056.9.1.67>. [34]
- Björnerstedt, J. et F. Verboven (2016), « Does Merger Simulation Work? Evidence from the Swedish Analgesics Market », *American Economic Journal: Applied Economics*, vol. 8/3, pp. 125-164, <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/app.20130034>. [44]
- Capps, C., D. Dranove et Z. Zabinski (2017), « The Long, Slow Decline of Elzinga-Hogarty and What Comes After », *CPI Antitrust Chronicle* July 2017, <https://www.bateswhite.com/assets/htmldocuments/07.2017.CPI-Capps-Dranove-Zabinski.pdf>. [27]
- Carlton, D. (2004), « Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding », *American Economic Review*, vol. 94, pp. 466-70. [7]
- Christensen, C. et al. (2011), *The New M&A Playbook*, <https://hbr.org/2011/03/the-big-idea-the-new-ma-playbook>. [61]
- CMA (2018), *Guidance: Good practice in the design and presentation of customer survey evidence in merger cases*, <https://www.gov.uk/government/publications/mergers-consumer-survey-evidence-design-and-presentation/good-practice-in-the-design-and-presentation-of-customer-survey-evidence-in-merger-cases>. [21]
- CMA (2017), *Retail mergers commentary*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/607524/retail-mergers-commentary.pdf. [28]
- Coate, M. (2013), « The Use of Natural Experiments in Merger Analysis », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1/2, pp. 437-467. [36]

- Csorgo, L. et H. Chitale (2015), *Targeted Ex Post Evaluations in a Data Poor World : Paper for the Discussion of the OECD Competition Committee's Working Party No. 2*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2015\)10&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2015)10&docLanguage=En). [60]
- Dick, A. (2003), « Coordinated Interaction: Pre-Merger Constraints and Post-Merger Effects », *George Mason Law Review*, vol. 12/1, http://demotesturl.com/george-mason/wp-content/uploads/2014/03/12-1_Dick.pdf. [15]
- Elzinga, K. et T. Hogarty (1978), « The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal », *Antitrust Bulletin*, vol. 23, pp. 1-18. [26]
- Elzinga, K. et T. Hogarty (1973), « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », *Antitrust Bulletin*, vol. 18/45, pp. 45-81. [25]
- Farrell, J. (2004), « Listening to Interested Parties in Antitrust Investigations: Competitors, Customers, Complementors and Relativity », *Antitrust Spring*. [51]
- Farrell, J. et C. Shapiro (2010), « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », *The B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives*, vol. 10/1. [29]
- Finkelstein, R. (2020), « What is wrong with mergers in the Federal Court », *Competition & Consumer Law Journal*, vol. 27/2. [54]
- Froeb, L., P. Pautler et L. Röller (2008), « The Economics of Organizing Economists », *Vanderbilt Law and Economics Research Paper 08-18*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1155237. [63]
- FTC (2017), *The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A Report of the Bureaus of Competition and Economics*, https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf. [74]
- FTC (1999), *A Study of the Commission's Divestiture Process: Prepared by the Staff of the Bureau of Competition*, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/study-commissions-divestiture-process/divestiture_0.pdf. [77]
- Garmon, C. (2017), « The accuracy of hospital merger screening methods », *The RAND Journal of Economics*, vol. 48/4, <https://doi.org/10.1111/1756-2171.12215>. [33]
- GCR (2020), *Competition Economics Handbook 2020*, <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-handbook-of-competition-economics/2020/form/thank-you>. [62]
- Gilbert, R. et S. Sunshine (1995), « “Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets » », *Antitrust Law Journal*, vol. 63/2. [3]
- Harris, B. et J. Simons (1989), « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? », *Research in Law and Economics*, pp. 207-226. [22]

- Heyer, K. (2006), « Predicting the Competitive Effects of Mergers by Listening to Customers », [52]
Economic Analysis Group Discussion Paper,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=959455.
- Keynes, J. (1936), *The General Theory of Employment, Interest and Money*. [65]
- Keynes, J. (1922), *Introduction to Hubert D. Henderson*, Nisbet. [48]
- Kovacic, W. et al. (2009), « Quantitative Analysis of Coordinated Effects », *Antitrust Law Journal*, vol. 76, https://www.bateswhite.com/media/publication/31_media.76.pdf. [46]
- Kwoka, J. (2020), *Controlling Mergers and Market Power: A Program for Reviving Antitrust in America*, Competition Policy International. [58]
- Kwoka, J. (2017), « Merger Remedies: An Incentives/Constraints Framework », *The Antitrust Bulletin*, vol. 62/2, <https://doi.org/10.1177/0003603X17708365>. [56]
- Kwoka, J. (2017), *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Response to the FTC Critique*, [73]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947814.
- Kwoka, J., D. Greenfield et C. Gu (2015), *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, MIT Press. [72]
- Kwoka, J. et D. Moss (2012), « Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement », *The Antitrust Bulletin*, vol. 57/4, [57]
<http://dx.doi.org/10.1177/0003603X1205700410>.
- Latham, O., S. Chisholm et S. Lynch (2019), « Acquisitions of potential rivals in digital/tech: Valuation analysis as key economic tool – PayPal/iZettle », *CRA Competition Memo*, [47]
http://www.crai.com/sites/default/files/publications/Competition%20Memo_Use%20of%20valuation%20analysis%20in%20merger%20assessment.pdf.
- Levenstein, M. et V. Suslow (2006), « What Determines Cartel Success? », *Journal of Economic Literature*, vol. 44/1, pp. 43-95, <http://dx.doi.org/10.1257/002205106776162681>. [71]
- Matsa, D. (2011), « Competition and Product Quality in the Supermarket Industry », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126/3, pp. 1539-1591, [37]
<https://www.jstor.org/stable/23015707>.
- Miller, N. et al. (2017), « Upward pricing pressure as a predictor of merger price effects », [45]
International Journal of Industrial Organization, vol. 52, pp. 216-247,
https://econpapers.repec.org/article/eeeindorg/v_3a52_3ay_3a2017_3ai_3ac_3ap_3a216-247.htm.
- Moresi, S. et al. (2015), *cGUPPI: Scoring Incentives to Engage in Parallel Accommodating Conduct*, [35]
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2513&context=facpub>.
- Moresi, S. et S. Salop (2013), « vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers », *Antitrust Law Journal*, vol. 79/1, pp. 185-214. [39]

- Noll, R. (2005), « « Buyer Power » and Economic Policy », *Antitrust Law Journal*, vol. 72, pp. 589-624, [1]
https://www.researchgate.net/publication/254130874_Buyer_Power_and_Economic_Policy.
- OCDE (2020), *Competition in Labour Markets*, [2]
<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>.
- OCDE (2020), *Merger control in the time of COVID-19*, [11]
<http://www.oecd.org/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf>.
- OCDE (2020), *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions - Note de référence du Secrétariat*, [5]
<http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/start-ups-acquisitions-anticoncurrentielles-et-seuils-de-contrôle-des-fusions.htm>.
- OCDE (2020), *Table ronde sur les effets congloméraux des fusions - Note de référence du Secrétariat*, [19]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/fr/pdf).
- OCDE (2019), *Les fusions verticales dans le secteur de la technologie, des médias et des télécommunications - Note de référence du Secrétariat*, [17]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)5/fr/pdf).
- OCDE (2019), *Merger Control in Dynamic Markets: Background note by the Secretariat*, [10]
<http://www.oecd.org/daf/competition/merger-control-in-dynamic-markets-2020.pdf>.
- OCDE (2018), *L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations - Note de référence du Secrétariat*, [13]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/fr/pdf).
- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, [4]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.
- OCDE (2016), *The Resolution of Competition Cases by Specialised and Generalist Courts: Stocktaking of international experiences*, [66]
<http://www.oecd.org/daf/competition/The-resolution-of-competition-cases-by-Specialised-and-Generalist-Courts-2016.pdf>.
- OCDE (2013), *Competition Policy Roundtables: The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, [12]
<http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.
- OCDE (2012), *Table ronde sur le rôle des allégations de gains d'efficacité dans les procédures d'application du droit de la concurrence - Note de référence du Secrétariat*, [9]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2012\)16/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2012)16/fr/pdf).
- OCDE (2011), *Competition Policy Roundtable on Economic Evidence in Merger Analysis*, [23]
<http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>.
- OCDE (2011), *Competition Policy Roundtable on Impact Evaluation of Merger Decisions*, [76]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Impactevaluationofmergerdecisions2011.pdf>.
- OCDE (2008), *Competition Policy Roundtable on Presenting Complex Economic Theories to Judges*, [64]
<http://www.oecd.org/competition/abuse/41776770.pdf>.

- Ormosi, P., F. Mariuzzo et R. Havell (2015), *A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?*, [6]
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0115715enn.pdf>.
- Peters, C. (2006), « Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry », *Journal of Law and Economics*, vol. 49/2, pp. 627-649, [41]
https://econpapers.repec.org/article/ucpjlawec/y_3a2006_3av_3a49_3ai_3a2_3ap_3a627-49.htm.
- Pittman, R. (2017), *Three Economist's Tools for Antitrust Analysis*, [24]
<https://www.justice.gov/atr/page/file/925641/download>.
- RBB Economics (2014), *Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications - A Report prepared for the Office of Fair Trading*, [53]
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/320912/Cost_Pass-Through_Report.pdf.
- RIC (2016), *Merger Remedies Guide*, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf. [55]
- RIC (2013), *The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis*, [32]
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RoleofEconomics.pdf.
- RIC (2006), *Merger Guidelines Workbook*, [50]
<http://old.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>.
- RIC (2005), *Investigative Techniques Handbook for Merger Review*, [49]
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_HBInvestigativeTechniques.pdf.
- Salop, S. et S. Moresi (2009), *Updating the Merger Guidelines: Comments*, [30]
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2675&context=facpub>.
- Salop, S. et D. O'Brien (2000), « Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control », *Antitrust Law Journal*, vol. 67, pp. 559-614, [20]
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=facpub>.
- Shapiro, C. (2019), *Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure (Note for OECD Roundtable)*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)75/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)75/en/pdf). [38]
- Slade, M. (2019), *Note for OECD Roundtable on Vertical mergers in the technology, media and telecom sector*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)68/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)68/en/pdf). [40]
- Stigler, G. (1964), « A Theory of Oligopoly », *The Journal of Political Economy*, vol. 72/1, pp. 44-61. [14]
- Vita, M. et F. Osinski (2018), « John Kwoka's Mergers, Merger Control and Remedies: A Critical Review », *Antitrust Law Journal*, vol. 82, [70]
https://www.ftc.gov/system/files/documents/biographies/michael-g-vita/10_vita_osinski_alj_82-1_final_pdf.pdf.

- Weinberg, M. (2011), « More Evidence on the Performance of Merger Simulations », *American Economic Review*, vol. 101/3, pp. 51-55, [42]
<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.101.3.51>.
- Weinberg, M. et D. Hosken (2013), « Evidence on the Accuracy of Merger Simulations », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 95/5, pp. 1584-1600, [43]
<https://ideas.repec.org/a/tpr/restat/v95y2013i5p1584-1600.html>.
- Werden, G. (1996), « A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products », *Journal of Industrial Economics*, vol. 44. [31]
- Whelan, C. (2019), *Cutting edge economic tools*. [69]
- Williamson, O. (1977), « Economies as an Antitrust Defense Revisited », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125/4, pp. 699-736. [68]
- Williamson, O. (1974), « The Economics of Antitrust: Transaction Cost Considerations », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, pp. 1439-1496, [18]
https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5726&context=penn_law_review.
- Williamson, O. (1968), « “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs » », *American Economic Review*, vol. 58/1, pp. 18-36. [8]
- Wright, J. et J. Rybnicek (2018), « United States v. AT&T/Time Warner: A Triumph of Economic Analysis », *George Mason Law & Economics Research Paper* 18-34, [67]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3251817.

Notes

¹ Toutefois, dans le cas des acquisitions réalisées, le comportement observé suite à une fusion peut être considéré comme un élément d'appréciation pertinent.

² Dans le cas particulier de la création d'un monopsonne/oligopsonne dans un marché déjà caractérisé par un monopole/oligopole, la situation peut profiter aux consommateurs finaux, même si ce n'est pas nécessairement la règle, tel qu'exposé par Noll (2005^[11]).

³ Les effets peuvent également être négatifs dans d'autres marchés de produits, par exemple si l'exercice du monopsonne par les producteurs du produit X se traduit par l'apparition dans ce marché de fournisseurs moins performants plutôt que par l'approvisionnement d'un produit Y, cela pourrait entraîner une augmentation des prix pour le produit Y.

⁴ En Australie, par exemple, le pouvoir de marché des transformateurs de lait, en tant qu'entreprises acquéreuses de lait cru dans des marchés dont la portée géographique est limitée en raison des coûts de transport et du caractère périssable des produits, a été mise en évidence dans une récente enquête sur ce marché (ACCC, 2019^[75]). L'accroissement du pouvoir de marché dans l'acquisition de lait cru a longtemps été une préoccupation importante liée aux fusions dans le secteur laitier en Australie. À titre d'exemple, l'ACCC s'est intéressée à la proposition d'acquisition d'actifs de Murray Goulburn par Saputo Dairy Australia Pty Ltd, en partie sur la base d'une limitation supposée de la concurrence dans l'acquisition de lait cru dans la région de la Victoria occidentale. La fusion a finalement été autorisée, sous réserve de la cession de certains actifs de transformation et autres engagements. Voir : <https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/public-informal-merger-reviews/saputo-dairy-australia-pty-ltd-proposes-to-acquire-murray-goulburns-operating-assets>.

⁵ Ces différents aspects ont été abordés de manière approfondie à d'autres occasions, notamment lors de tables rondes de l'OCDE, ou dans d'autres publications, comme certains travaux du Réseau international de la concurrence. Nous n'avons pas ici pour ambition de couvrir ces aspects dans toute leur complexité.

⁶ Dans certaines juridictions, la question du changement de fournisseur est prise en compte dans la définition du marché. Dans d'autres pays, cet aspect est abordé lors de l'identification des acteurs du marché ou dans le cadre des conditions d'entrée. L'important est que toutes les contraintes soient à terme identifiées.

⁷ Bien que la plus petite zone de ce type correspondra souvent au marché pertinent, ce dernier peut dans certains cas être plus large.

⁸ Il convient toutefois de mentionner le problème des « acquisitions prédatrices » ou plus généralement de l'acquisition de concurrents potentiels (OCDE, 2020^[5]).

⁹ Le coefficient C4 correspond à la part de marché cumulée des quatre plus grandes entreprises du marché et le coefficient C3 à celle des trois plus grandes entreprises du marché.

¹⁰ L'IHH est égal à la somme des carrés des parts de marché des entreprises de l'industrie considérée. Il est par ailleurs directement lié aux résultats en matière de tarification selon le modèle d'oligopole de Cournot.

¹¹ Voir, par exemple, l'examen par l'ACCC de la proposition d'acquisition de Trading Post par Carsales à l'adresse suivante : <https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/MER13%2B5165.pdf>.

¹² Par ailleurs, si le ou les gros acheteurs disposent d'un pouvoir de marché sur le marché en aval, la fusion pourrait créer un phénomène de double marge ou aggraver ce problème.

¹³ La perte nette de bien-être correspond au surplus de valeur perdu pour le consommateur (représenté par la courbe de la demande) par rapport au coût du résultat perdu en raison d'une augmentation du pouvoir de marché due à la fusion.

¹⁴ Les situations où des coûts supplémentaires de transport sont occasionnés pour approvisionner les consommateurs affectés par l'exercice du pouvoir de marché constituent un autre facteur potentiellement préjudiciable (Williamson, 1977_[68]).

¹⁵ Le Graphique 1 illustre le modèle d'arbitrage dans le contexte d'une fusion horizontale, mais ce modèle peut également s'appliquer aux fusions verticales et aux conglomérats. Par exemple, une fusion verticale peut déboucher sur des gains d'efficacité en termes de transactions, lesquels peuvent venir en déduction de la perte nette de bien-être ou de la perte totale du bien-être du consommateur (Williamson, 1974_[18]).

¹⁶ Les réductions des coûts marginaux entraîneront une baisse du prix d'optimisation du bénéficiaire même pour un monopoleur, et le résultat net pourrait être une augmentation des prix inférieure, aucune augmentation des prix, voire une baisse des prix après la fusion.

¹⁷ Par ailleurs, si les prix appliqués avant la fusion sont utilisés dans ce scénario comme une variable représentant les coûts, l'ampleur des économies réalisées suite à la fusion seront surestimées.

¹⁸ Voir, par exemple, (Levenstein et Suslow, 2006_[71]). Certains facteurs peuvent en effet avoir des effets opposés en fonction d'autres caractéristiques du marché. À titre d'exemple, une symétrie des coûts entre les entreprises peut faciliter la conclusion d'accords sur le prix d'optimisation du bénéficiaire, alors qu'une asymétrie des coûts peut permettre à une entreprise leader du marché d'exercer une pression sur les entreprises plus faibles sous la menace d'une guerre des prix.

¹⁹ Y compris dans les cas où l'une des parties à la fusion a une présence même minime dans le marché de l'autre partie, tel que ce fut le cas pour la fusion Premdor-Masonite abordée par Dick (2003_[15]).

²⁰ N'importe quelle fusion peut toutefois occasionner des effets aussi bien horizontaux que verticaux.

²¹ Tel que décrit précédemment, les fusions verticales peuvent également susciter des préoccupations en matière d'effets coordonnés si elles facilitent la création ou le maintien d'une coordination.

²² Il convient toutefois de noter qu'il n'est pas nécessaire qu'un tel verrouillage soit finalisé pour observer une réduction des contraintes concurrentielles et une augmentation des prix.

²³ Voir OCDE (2019_[17]). Toutefois, comme le souligne Slade (2019_[40]), un grand nombre de ces études concernant des secteurs concurrentiels et soit certains des gains d'efficacité associés aux intégrations verticales ne peuvent être réalisés dans le cadre de fusions verticales (proximité géographique), soit une importance disproportionnée leur a été accordée (EDM).

²⁴ En l'absence de tels gains d'efficacité, on peut s'attendre à ce que les entreprises tirent parti des puissants mécanismes d'incitation liés aux transactions de marché. Si, à l'inverse, les entreprises cherchent à opérer une intégration verticale, il peut être nécessaire d'examiner de manière plus attentive les effets anticoncurrentiels potentiels des fusions verticales.

²⁵ L'EDM constitue un axe majeur des lignes directrices sur le contrôle des fusions verticales du ministère de la Justice américain, publiées le 30 juin 2020 et disponibles à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/page/file/1290686/download>.

²⁶ Pour un examen plus approfondi de cette affaire, voir par exemple la publication *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, édition été 2019, à l'adresse suivante : https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/07/AC_July_2.pdf.

²⁷ Wright et Rybnicek (2018_[67]), lesquels approuvent la décision du tribunal, estiment que ce dernier n'a rejeté ni le postulat ni le modèle de négociation de Nash en particulier, mais plutôt leur application dans ce scénario spécifique. La Cour d'appel se montra du même avis dans sa décision relative à l'affaire *États-Unis contre AT&T (Cour d'appel des États-Unis pour la circonscription du district de Columbia)*, n° 18-5214, 26 février 2019). Voir également (Whelan, 2019_[69]).

²⁸ Il n'est pas nécessaire que les deux produits soient complémentaires au sens économique du terme. À titre d'exemple, une entreprise assurant l'approvisionnement auprès d'hôpitaux de deux produits sans rapport peut être en mesure de pratiquer des offres groupées anticoncurrentielles qui limitent la concurrence dans l'un des marchés ou dans les deux.

²⁹ Voir, par exemple, le projet d'acquisition des actifs de détail de Mobil par Caltex en 2009 : <https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/D10%2B2899903.pdf>. L'ACCC engagea également une procédure dirigée contre Informed Sources, estimant que ce service ou plutôt les accords dans le cadre desquels le service était proposé constituait une violation d'autres provisions du droit de la concurrence : <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-takes-action-against-informed-sources-and-petrol-retailers-for-price-information-sharing>. Pour mettre fin à la procédure, Informed Sources s'engagea à ne proposer son service que si les données étaient également mises à la disposition des consommateurs et des fournisseurs de services d'information tiers : <https://www.accc.gov.au/media-release/petrol-price-information-sharing-proceedings-resolved>. Voir également la présentation de Graeme Woodbridge, économiste en chef à l'ACCC, Atelier de l'OCDE et du Réseau international de la concurrence, Corée, 4 mai 2018.

³⁰ Il convient de souligner que, dans la mesure où la substitution n'est pas forcément symétrique, le ratio de diversion d'A vers B ne sera pas nécessairement le même que de B vers A.

³¹ Pour être précis, elle dépend de la MC sur l'ensemble de la gamme de produits associés aux ventes perdues. En utilisant la MC aux niveaux de ventes actuels, on suppose implicitement que la MC reste stable pour tout l'éventail pertinent des ventes. Il s'agit dans la plupart des cas d'un postulat raisonnable, mais pas systématiquement.

³² Le calcul de la perte critique peut néanmoins s'avérer utile pour une entreprise issue d'une fusion : préalablement à la fusion, chaque partie devait chercher à optimiser ses propres bénéfices et non ceux de l'entreprise issue de la fusion. Associé à des informations sur les ventes escomptées et les possibles entrées et expansions sur le marché concerné, le calcul de la perte critique peut également aider à déterminer si l'augmentation des prix suite à une fusion peut être rentable.

³³ L'une des difficultés qui se posent parfois dans le cadre de la définition du marché a trait aux « chaînes de substitution », par lesquelles un produit A serait un substitut proche d'un produit B, lui-même étant un substitut proche d'un produit C, etc. L'idée serait parfois avancée que de telles chaînes de substitution concernent des marchés relativement importants et qui n'ont de limites que lorsque la chaîne est rompue suffisamment de fois. Un monopoleur hypothétique contrôlant une partie de la chaîne serait cependant en mesure d'imposer une SSNIP rentable sur un segment du secteur monopolisé. Par ailleurs, même une SSNIP uniforme devient plus probable à mesure que la chaîne ou le périmètre s'agrandit, dans la mesure où l'intérieur du marché (à partir duquel des marges supérieures seront réalisées) évolue plus rapidement que sa périphérie (où les marges seront perdues).

³⁴ On peut également aborder la question de la manière suivante : dans le cas d'un monopoleur hypothétique d'un produit A, l'incitation à appliquer une SSNIP dépendra de la marge de contribution sur les ventes perdues du produit A. Or un monopoleur existant aura déjà pris des mesures pour optimiser ses bénéfices et n'aura aucun intérêt à augmenter ses prix davantage (que ce soit par le biais d'une SSNIP ou d'un autre dispositif), jusqu'à ce qu'il fasse l'acquisition du fournisseur du produit B, soit le produit de substitution le plus proche du produit A. La marge sur le produit A restera inchangée et ne constituera pas de nouvelle incitation à augmenter le prix du produit A, mais il aura désormais la capacité de récupérer ces marges grâce aux ventes du produit B. Le niveau d'incitation cumulative sera par ailleurs fonction du ratio de diversion d'A vers B et de la marge sur les ventes reportées. Voir également Pittman (2017^[24]) pour plus de détails sur l'analyse de la perte critique et la PHP, et les liens qui existent entre elles.

³⁵ Voir, par exemple, la description (en portugais) disponible à l'adresse suivante : <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-05-2017-publica-sei-0297765.pdf>.

³⁶ Cette hausse peut être due à une augmentation des prix, à des coûts de transport plus élevés ou à la nécessité d'acquérir un produit de moindre qualité, lequel pourrait ne pas être adapté au niveau des services en aval à valeur ajoutée de l'entreprise.

³⁷ Le verrouillage des clients aura un effet comparable à celui du verrouillage des intrants, puisqu'il réduira directement les achats issus de l'entreprise indépendante en amont ou en augmentera les coûts de distribution. Certaines fusions peuvent occasionner des problèmes de verrouillage des intrants et de verrouillage des clients lorsque les entreprises A et B disposent d'un pouvoir de marché à leurs étapes respectives de la chaîne d'approvisionnement.

³⁸ Commission du commerce Nouvelle-Zélande, décision dans l'affaire Vodafone Europe B.V. et Sky Network Television Limited, 22 février 2017, https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0026/76922/2017-NZCC-1-and-2-Vodafone-Europe-B.V.-and-Sky-Network-Television-Limited-Clearance-determination-22-February-2017.pdf.

³⁹ Pour plus d'informations sur les différents modèles de simulation de fusion, voir : Réseau international de la concurrence (2013^[32]).

⁴⁰ Dans l'article, cette approche s'appliquait à une affaire de fusion dans le secteur hospitalier, dans laquelle on put observer une augmentation non négligeable des gains découlant des efforts de coordination. Bien que l'incitation à ne pas respecter cette coordination fût supérieure à court terme, d'importants problèmes de coordination subsistaient.

⁴¹ Voir la décision de la Commission du commerce néo-zélandaise dans l'affaire epay New Zealand Limited / Ezi-Pay Limited & Ors, 15 juin 2012, https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0024/76092/NZCC-Decision-13-epay-and-Ezi-Pay-15-June-2012.pdf, § 93-94.

⁴² De nombreuses études ont été réalisées sur l'efficacité des mesures correctrices appliquées aux affaires de fusion (FTC, 1999^[77] ; FTC, 2017^[74] ; Kwoka, Greenfield et Gu, 2015^[72]). Voir également les discussions à ce sujet entre Kwoka et les agents de la FTC (Vita et Osinski, 2018^[70] ; Kwoka, 2017^[73]).

⁴³ Aux États-Unis, le ministère de la Justice a récemment marqué sa préférence pour les mesures correctrices structurelles dans la version révisée de son guide sur les mesures correctrices dans les affaires de fusion : <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>.

⁴⁴ Cela est notamment le cas en Nouvelle-Zélande.

⁴⁵ Bien qu'il ne s'agisse pas de fusions au sens propre, les alliances aériennes sont un dispositif couramment utilisé par les compagnies aériennes pour réaliser des gains d'efficacité sans fusionner directement, dans un secteur caractérisé par de nombreuses restrictions en matière de participation. Les alliances aériennes peuvent en outre poser des problèmes de concurrence du même ordre que les fusions.

⁴⁶ Décision de l'ACCC portant sur les demandes d'autorisation, entre autres, de Virgin Australia Airlines Pty Ltd et d'Air New Zealand Limited, 3 septembre 2013, <https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/D13%2B121728.pdf>.

⁴⁷ Voir : <https://www.ftc.gov/policy/studies/merger-retrospectives>.

⁴⁸ Voir OCDE (2011^[76]) et les documents issus de l'atelier de l'OCDE sur l'évaluation *ex post* des décisions rendues par les autorités de la concurrence : <https://www.oecd.org/daf/competition/workshop-expost-evaluation-competition-enforcement-decisions.htm>.

⁴⁹ Voir la présentation de Daniel Hosken (2015) à l'occasion de l'atelier de l'OCDE sur l'évaluation *ex post* des décisions rendues par les autorités de la concurrence : <https://www.oecd.org/daf/competition/workshop-expost-evaluation-competition-enforcement-decisions.htm> ; et Capps et al. (2017^[27]).

⁵⁰ Voir : <https://www.ftc.gov/policy/studies/merger-retrospectives/bibliography>.

⁵¹ Voir : <https://www.ftc.gov/policy/studies/merger-retrospectives/bureau-of-economics>.

⁵² Voir : <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/ftc-hearing-14-merger-retrospectives>.

⁵³ Disponible à l'adresse suivante : https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/10/AEWG_EconomistSurvey2017Results.pdf.

⁵⁴ Disponible à l'adresse suivante : https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/10/AEWG_EconomistSurvey2017Results.pdf.

⁵⁵ Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

⁵⁶ Disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284388/best_practice.pdf.

⁵⁷ Disponible à l'adresse suivante : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Bekanntmachungen/Notice%20-%20Standards%20for%20economic%20opinions.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁵⁸ Disponible à l'adresse suivante : <https://comcom.govt.nz/about-us/our-policies-and-guidelines/guidelines-for-quantitative-analysis>.

⁵⁹ Disponible à l'adresse suivante : <https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/gpn-expt>.