

**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 –
Contribution de l'Algérie**

- Session III -

9 décembre 2020

Cette contribution est soumise par l'Algérie au titre de la Session III du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra du 7 au 10 décembre 2020.

La documentation relative à cette discussion est disponible sur le lien : oe.cd/enquete.

Veuillez contacter M. James Mancini si vous avez des questions sur ce document [James.Mancini@oecd.org].

JT03468552

L'analyse économique dans les enquêtes sur les concentrations

Traitement des notifications par le Conseil de la Concurrence

- Contribution de l'Algérie* -

Introduction

1. L'analyse économique dans les concentrations ne manque pas de nous renvoyer aux débats relatifs à la primauté du droit sur l'économie ou bien de l'économie sur le droit dont l'aboutissement est qu'en droit de la concurrence les deux disciplines se complètent et que le juge de la concurrence ne peut se désintéresser des preuves quantitatives fournies par les économistes à l'effet de conforter sa décision.
2. Il demeure néanmoins observable que la pluralité des raisonnements et approches ainsi que les méthodes quantitatives utilisées pour un même cas étudié par les économistes ainsi que les résultats différents, qui en découlent, selon l'approche retenue, fait qu'il convient d'admettre que la science économique n'est pas une science exacte et que ses conclusions dans l'analyse des concentrations économiques peuvent ne constituer qu'un indice à l'intérieur du faisceau d'indices concordants qui viendront appuyer ou renforcer davantage la conviction du juge.
3. Les fusions (concentrations) en droit de la concurrence constituent le type d'affaires la plus difficile à traiter par les autorités de la concurrence en ce sens que ces affaires renferment des problèmes analytiques complexes tels que la définition du marché, l'analyse des conditions d'entrée et l'évaluation des effets des fusions sur la concurrence.
4. La complexité réside dans le fait que nous nous situons dans le domaine de la prévision ; il s'agit en effet de prévoir les effets futurs d'une pratique présente d'où le concept de contrôle ex ante.
5. Par ailleurs, l'analyse des effets de la pratique visée sur la concurrence est indispensable alors que le critère d'importance de la pratique anticoncurrentielle prévu par le droit de la concurrence n'est pas aisément mesurable.
6. En effet la plupart des législations inhérentes au droit de la concurrence n'interdisent pas dans l'absolu ou « per se » toutes les pratiques anticoncurrentielles mais seulement celles qui le sont "substantiellement".
7. Il revient alors aux autorités chargées de la concurrence d'explicitier cette norme de façon plus concrète à l'effet de convaincre les parties à la concentration et davantage les tribunaux.
8. Sur un autre plan, il convient de souligner l'importance des concentrations économiques dans le cadre d'une économie de marché :
9. Cette importance renvoie aux notions de croissance interne et croissance externe.

* Contribution écrite de M. Slimani Djilali, Membre Permanent au Conseil de la concurrence, « L'Analyse économique dans les enquêtes sur les concentrations économiques-Traitement des notifications par le Conseil de la Concurrence ».

10. En effet les fusions et acquisitions sont utilisées par les entreprises, comme un accélérateur de croissance, dans le but de développer leurs activités, d'accroître leur puissance financière et leurs parts de marché. On parle alors de croissance externe à l'opposé de croissance organique (ou croissance interne) réalisée par l'augmentation du chiffre d'affaires sur un même périmètre de sociétés.

11. Soulignons également que les opérations de croissance externe peuvent découler de stratégies différentes :

- Celles qui s'inscrivent dans le prolongement des activités développées par l'acquéreur : rachat de part de marché pour compenser le ralentissement de la croissance organique (cas de l'industrie automobile, du transport routier...),
- Rachat d'actifs incorporels (brevets, compétences, expertises) pour pallier la défaillance du processus de R & D (cas de l'industrie pharmaceutique ou du conseil...),
- Intégration verticale pour maîtriser les sources d'approvisionnement ou les circuits de distribution (cas de l'industrie du luxe...),
- Intégration horizontale dans le but de réduire la concurrence, diversifier ses produits ou intégrer des produits de substitution (cas de l'industrie alimentaire...).
- Celles qui s'éloignent du cœur du métier telles les opérations de diversification, sources d'opportunités nouvelles.

12. Une concentration d'entreprises n'est pas interdite en soi, sauf si celle-ci crée ou renforce une position dominante susceptible de déboucher sur des abus.

13. On parle de concentration lorsque plusieurs entreprises fusionnent pour donner naissance à une nouvelle firme (fusion) ou lorsqu'une entreprise en rachète une autre (acquisition).

14. Les concentrations peuvent permettre au marché de faire des gains d'efficacité : réduction des coûts de production, mise en commun des départements de recherche et développement, etc. Cela permet la production de biens et services à moindre coût tout en encourageant indirectement la concurrence.

15. Croissance, synergie, économie d'échelle et diversification constituent les principales raisons pour lesquelles de nombreuses grandes entreprises se lancent dans des fusions-acquisitions. Les entreprises de petite taille en sont souvent la cible.

16. Toutefois, la fusion d'une entreprise ou son acquisition par une autre entreprise peut conduire à fausser la concurrence sur le marché en renforçant la position dominante de la nouvelle entreprise. Un tel pouvoir de marché peut permettre à l'entreprise issue de la concentration de proposer des prix plus élevés que ceux qui auraient été effectifs avec une concurrence plus intense, ce qui cause un préjudice au consommateur.

17. Dans la présente contribution, après avoir donné une définition économique puis juridique aux fusions (concentrations) en droit Algérien (1) nous traiterons de la place que réserve le droit de la concurrence Algérien à l'analyse économique dans les affaires de concentrations économiques, (2), puis nous évaluerons le niveau d'analyse économique qu'utilise le Conseil de la concurrence dans le traitement des affaires de concentrations (3) nous illustrerons ce niveau d'analyse économique par un bref aperçu des affaires traitées par le Conseil de la concurrence en matière de concentrations économiques durant ses deux mandats d'exercice (4) ce qui nous amènera à traiter des méthodes quantitatives susceptibles d'être utilisées pour les dites affaires (5) ainsi que le poids de l'analyse qualitative dans le traitement des affaires de concentration par le conseil de la concurrence

(6) nous concluons notre contribution par des recommandations destinées à améliorer le niveau d'analyse économique qui prévaut actuellement dans le traitement des affaires de concentrations par le Conseil de la concurrence (7).

1. LE CONCEPT DE CONCENTRATIONS ECONOMIQUES EN DROIT ALGERIEN (aspects économiques et juridiques)

18. Le contrôle des fusions en ALGERIE par l'institution chargée de la concurrence dénommée « Conseil de la concurrence » est prévu au chapitre III de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 par l'énoncé de 09 articles (15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 21bis, 22) sous le titre « des concentrations économiques » ainsi que par les articles 61 et 62 du chapitre IV portant « des sanctions des pratiques restrictives et des concentrations ».

19. À l'intérieur de certains articles du chapitre III peuvent intervenir cependant le Ministre chargé du commerce et celui chargé du secteur concerné par la concentration comme nous le verrons dans le développement qui suivra.

20. Comme il convient de rappeler que le Code de commerce Algérien prévoit en son livre IV chapitre III portant « société par actions » et notamment sa section IV portant « fusion et scission », les modalités techniques de fusion et ce, dans ses paragraphes :

- **Premier** : portant « dispositions générales » (articles 744 à 748).
- **Deuxième** : portant « dispositions relatives aux sociétés par actions » (articles 749 à 762) et dans son paragraphe.
- **Troisième** : portant « dispositions relatives aux sociétés à responsabilité limitée » (article 763).

21. Il en ressort que le droit des sociétés en matière de traitement des opérations de fusions a précédé « logiquement » le droit de la concurrence en se limitant cependant exclusivement à l'aspect « technique comptable ».

22. Le droit de la concurrence est venu quant à lui compléter les dispositions du droit des sociétés en matière de traitement des fusions et ce, par l'introduction de nouveaux critères techniques (appréhendés notamment à l'aide du décret exécutif 05-219 du 22 juin 2005) visant essentiellement la protection du marché, notamment, en s'assurant du fonctionnement des règles de la concurrence.

1.1. Les fusions selon le code de commerce

23. Le Code de commerce en sa section IV (livre V Chapitre III) portant « fusion et scission » tel qu'annoncé en introduction se limite exclusivement aux aspects technico-comptables du montage d'une fusion absorption.

24. Il n'en demeure pas moins que l'article 744 donne une définition de la fusion selon qu'elle s'effectue par absorption ou par scission.

25. Ce même Code de commerce limite les opérations de « fusion et scission » à deux formes juridiques : les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée. La référence aux organes sociaux des dites sociétés étant souvent mise en exergue dans la décision de montage.

26. L'article 748 attire particulièrement notre attention en ce sens qu'il stipule que « le projet de contrat est déposé dans une étude notariale du lieu du siège des sociétés absorbantes et absorbées. Il fait l'objet d'une publicité dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ».
27. En effet cet article est de nature à orienter les services du Conseil de la concurrence sur le moyen de « débusquer » les concentrations non notifiées (à la condition, bien sûr, que les sociétés respectent l'article 748 du code de commerce).
28. Il suffirait pour cela de solliciter l'assistance des études notariales et/ou de se référer aux BOAL pour détecter les entreprises ayant enfreint les dispositions de notification.
29. Nous verrons, en parie IV, que dans les deux cas l'exercice n'est pas aussi simple.
30. Quoiqu'il en soit nous pouvons déduire que le droit de la concurrence en matière de « fusions » s'impose au droit des sociétés dès lors qu'une opération de montage ne saurait être initiée sans l'obtention de l'autorisation de la concentration.
31. Un rejet éventuel par le Conseil de la concurrence est donc de nature à réduire à néant toutes les procédures de montage prévues par les articles du code de commerce sus visés.
32. Les commissaires Les commissaires aux comptes (ainsi que les commissaires aux apports) doivent à notre avis mettre en œuvre leur « obligation d'alerte » à ce sujet en évitant aux sociétés concernées de se lancer dans le montage d'opérations de fusions dont l'autorisation n'est pas forcément garantie sous forme de réponse favorable à la notification faite au Conseil de la concurrence par ces mêmes sociétés

1.2. Les fusions-acquisitions selon l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée :

33. Onze (11) articles sur les soixante-quatorze (74) de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée sont réservés aux concentrations économiques.
34. En son article 15 l'ordonnance sus visée définit la réalisation d'une concentration par :
- La fusion de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes ;
 - Une ou plusieurs personnes physiques détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou bien, une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achats d'éléments d'actifs, contrat ou par tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.
35. Cette définition est en fait reprise intégralement du Code de commerce français qui conclut cette définition en son article L 430-1 I par :
- « La création d'une entreprise commune accomplissant d'une manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article ».*
36. De manière résumée ces dispositions indiquent qu'il Il existe trois cas de « concentration » :
- La fusion
 - L'acquisition durable du contrôle; et

- La Création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (dite « entreprise commune de plein exercice »).
37. L'article 17 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence sous-entend par ailleurs que les concentrations ne tombent pas toutes sous le coup de la loi relative à la libre concurrence ; seules celles qui sont susceptibles d'entraver le libre jeu de la concurrence sont concernées, à savoir celles qui « renforcent notamment la position dominante » ou plus exactement « à chaque fois que la concentration vise à réaliser un seuil de plus de 40% des ventes ou achats effectuées sur un marché » tel que le complète l'article 18.
38. L'article 19 quant à lui soumet la décision d'autorisation ou de rejet d'une concentration par le Conseil de la concurrence à l'avis de deux ministres : celui chargé du commerce et celui chargé du secteur concerné.
39. Enfin toute décision de rejet peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.
40. Le législateur Algérien a introduit, en outre, la notion d'intérêt général dans le traitement des concentrations (article 21) sans en définir cependant son contenu lorsque cette notion est mise en relation avec les concentrations économiques.
41. L'intérêt général que seul le gouvernement peut invoquer sur rapport des deux ministres cités plus haut, consiste à passer outre la décision de rejet du Conseil de la concurrence en accordant une « autorisation d'office » et ce, à la demande des parties concernées.
42. Enfin, l'article 21 bis autorise « les concentrations d'entreprises qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ».
43. Aux termes de ce type de textes (législatif ou réglementaire), l'opération de concentration peut obéir à d'autres considérations que la libre concurrence. Certains paramètres peuvent en effet l'emporter tels que le développement de l'emploi, l'amélioration de la compétitivité des entreprises et/ou la consolidation de la position concurrentielle des PME.
44. Il reste à souligner que pour introduire une demande d'autorisation de concentration, un décret exécutif référencé 05-219 du 22 juin 2005 est venu en fixer les conditions et les modalités.
45. Par ailleurs, deux articles de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée agissent en « garde –fou » ou « épée de Damoclès » à l'encontre d'éventuels « fraudeurs » en la matière. Il s'agit de :
- L'article 61 qui sanctionne d'une amende pouvant aller jusqu'à 7% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie durant le dernier exercice clos, les entreprises ayant réalisé la concentration sans autorisation du Conseil de la concurrence.
 - L'article 62 qui sanctionne d'une amende pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie durant le dernier exercice clos les entreprises parties à la concentration qui n'auraient pas respecté les prescriptions ou engagements mentionnés à l'article 19.
46. Ce bref aperçu sur le dispositif législatif en matière de concentrations, nous amène à passer en revue les obstacles auxquels se trouve souvent confronté le Conseil de la concurrence dans la mise en œuvre des dispositions de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée dans son volet « des concentrations économiques ».

2. PLACE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE RESERVEE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE ALGERIEN AUX CONCENTRATIONS ECONOMIQUES

2.1. Quelques ambiguïtés internes aux textes altérant indirectement l'analyse économique

47. L'article 17 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence stipule que « Les concentrations qui sont de nature à porter atteinte à la concurrence en renforçant notamment la position dominante d'une entreprise dans un marché, doivent être soumises par leurs auteurs au Conseil de la concurrence qui prend une décision dans un délai de trois (03) mois ».

48. A la lecture de cet article on peut déduire que les parties auteurs de la concentration peuvent considérer que la nouvelle structure créée ne porte pas atteinte à la concurrence ou ne renforce pas sa position dominante sur le marché et en conséquence peuvent s'exonérer de l'obligation de soumettre le projet de concentration au Conseil de la concurrence en invoquant, si nécessaire, leur incapacité à évaluer « le degré d'atteinte au droit de la concurrence ».

49. Exprimée d'une autre manière, cette rédaction donne le pouvoir aux entreprises candidates à une concentration d'estimer si l'opération projetée est « de nature à porter atteinte à la concurrence... ».

50. De ce fait, il en ressort que les entreprises ne sont tenues de soumettre leurs opérations au contrôle du Conseil que si, de leur propre chef, elles estiment que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence.

51. La conséquence est que le nombre insignifiant d'affaires de concentration notifiées au Conseil de la concurrence en huit années d'exercice (soit quatre notifications) nous paraît être en relation avec les dispositions de cet article 17 qui semble rendre facultatif les notifications de concentrations.

52. En fait, il appartient au Conseil de la concurrence d'apprécier, notamment sur le plan technique et économique, les effets réels ou potentiels sur la concurrence d'un projet de concentration et donc d'examiner toutes les initiatives prises en ce sens par les entreprises.

53. Toute opération de concentration devrait être notifiée au Conseil de la concurrence avant sa réalisation. La notification devant intervenir dès que les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique d'achat ou de vente (en ce qui concerne les entreprises cotées en bourse).

54. Par ailleurs l'article 18 de la même ordonnance prévoit que : « Les dispositions de l'article 17 ci-dessus s'appliquent à chaque fois que la concentration vise à réaliser un seuil de plus de 40 % des ventes ou achats effectués sur un marché ».

55. Or, l'utilisation d'un indicateur en pourcentage (%) pour la détermination des ventes ou achats ne permet pas de savoir si ces dernières sont à évaluer en termes physiques (volumes) ou en termes de valeurs (dinars).

56. Il aurait été plus approprié de notre point de vue de substituer au critère de notification basé sur des parts de marché, celui basé sur le chiffre d'affaires.

57. L'expérience au niveau comparé a en ce sens a révélé que le premier critère demeure incertain juridiquement et inefficace.

58. En effet, la détermination des parts de marché suppose préalablement de définir les marchés pertinents concernés par l'opération, ce qui constitue souvent une source de discordance entre les entreprises et autorités de concurrence ; les premières ont tendance à élargir cette définition pour diluer leur part de marché et par conséquent ne pas être soumis au contrôle, et les secondes essaient autant que faire se peut de limiter le périmètre de ce marché pour définir le pouvoir économique des entreprises en question.

59. C'est la raison pour laquelle la plupart des autorités retient le critère de chiffre d'affaires qui permet la notification automatique des opérations qui dépassent le seuil de chiffre d'affaires fixé.

60. La fixation du niveau de chiffre d'affaires requis en Algérie (seuil de concentration) pourrait être déterminée par un groupe de travail pluridisciplinaire rompu au droit de la concurrence et aux analyses économiques.

61. Enfin, le législateur a autorisé la justification « à priori » de la concentration lorsque celle-ci vise « l'amélioration de la compétitivité, la contribution au développement de l'emploi ou de la consolidation de la position concurrentielle des PME », justification dont les preuves sont à rechercher par le Conseil de la concurrence. Cette disposition de l'ordonnance susvisée ouvre la voie à une permissivité difficilement contrôlable sachant que toute concentration pourrait trouver comme justification au moins un des trois critères sus cités.

2.2. La problématique des fusions en Algérie

62. La principale remarque à faire est que le législateur Algérien en matière de droit des concentrations semble être en avance par rapport au contexte économique qui prévaut à ce jour.

63. En effet autant le texte couvre largement le traitement des concentrations et peut s'adapter à un état d'économie de marché (et de liberté économique), autant l'écart actuel préexistant entre économie administrée et économie de marché n'est pas encore comblé et ce, en dépit des réformes économiques entreprises à partir des années 1990.

64. Comme affirmé plus haut, même si les textes ont traité des concentrations dès les années 1990 (voir code de commerce et ordonnance 95-06 relative à la concurrence), il n'en demeure pas moins qu'il s'agit à ce jour d'un phénomène nouveau au point de ne disposer à ce sujet d'aucune statistique à même de rendre compte de l'importance (probablement faible) des concentrations en Algérie.

65. L'explication réside dans l'absence d'un vrai dynamisme du marché. En effet le secteur économique et notamment industriel se caractérise essentiellement par un actionnariat familial dans les entreprises et la quasi absence de marchés financiers (nombre insignifiant d'entreprises cotées en bourse).

66. C'est ainsi que l'essentiel du dynamisme des grandes entreprises s'effectue à travers des investissements (souvent financés sur aides de l'État) pour augmenter leur taille (croissance interne) plutôt que par des rachats d'entreprises (fusions-absorptions-acquisitions) constitutifs de croissance externe.

67. Selon les dernières statistiques du Ministère de l'Industrie et des Mines, le tissu industriel Algérien est constitué à 97% de TPE (très petites entreprises) c'est-à-dire d'entreprises dont l'effectif est de 1 à 9 personnes réalisant un Chiffre d'Affaires inférieur à 40 millions de Dinars (Critères fixés par la loi 17-02 de la 10/01/2017 portant loi d'orientation sur le développement de la PME).

68. La répartition par forme juridique des personnes morales au nombre de 203 134 (selon statistiques 2019 du CNRC) indique que près de 90% sont des SARL et EURL alors que seulement 5,8% sont des SPA (sociétés par actions).
69. La prépondérance des entreprises de petite taille (TPE) ainsi que celle de la forme juridique Sarl et EURL (90%) révèle la faiblesse des regroupements (fusions, acquisitions) qui ont pu se produire durant ces dernières années.
70. L'actionnariat familial des entreprises et l'absence de marchés financiers efficaces expliquent en grande partie cette absence de dynamisme.
71. L'Algérie est engagée depuis les années 1990 dans un programme de libéralisation et d'ajustement structurel tendant à établir les mécanismes du marché, la liberté du commerce intérieur et extérieur, et depuis les années 2000 dans une démarche tendant à encourager l'initiative privée et à activer la privatisation des entreprises publiques.
72. Au regard de la physionomie du contexte entrepreneurial et de la taille moyenne des entreprises Algériennes, les nouveaux impératifs de restructuration et de modernisation ainsi que l'adaptation aux lois du marché à l'effet de s'internationaliser et arriver à une taille critique pour faire face à la concurrence internationale s'avèrent être difficiles à relever sans passer par des solutions rapides et efficaces d'augmentation des moyens (techniques, humains, etc.) et de renforcement des capacités des entreprises Algériennes .
73. En Algérie, les fusions-acquisitions devraient être regardées comme l'une des solutions aux nouveaux défis des entreprises dictées par la conjoncture et la politique de libéralisation économique du pays.
74. Nous émettons l'hypothèse que les premières opérations de fusions ont dû se produire dès les premières années des réformes (années 1990) et particulièrement ou essentiellement dans le secteur public puisque celui-ci est passé par plusieurs restructurations industrielles.
75. À notre connaissance, aucune de ces restructurations qui ont consisté parfois en des regroupements d'entreprises (fusions absorptions) n'ont été soumises ou notifiées au Conseil de la concurrence tant durant les années 1990 que récemment entre 2013 et 2020.
76. Cette situation qui nous paraît aller à l'encontre du droit des concentrations semble avoir été conforté (tout du moins entre 2003 et 2020) par les dispositions de l'article 21 bis qui stipule « sont autorisées, les concentrations d'entreprises qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ».
77. Il aura alors suffi d'une résolution du Conseil des participations de l'État (Organe gouvernemental présidé par le premier Ministre autorisant les restructurations et privatisations) pour que la restructuration en question prenne le caractère d'un texte législatif ou réglementaire et que les chefs d'entreprises publiques concernées par la fusion s'estiment en droit de ne pas notifier leurs opérations de concentration.
78. Quant au secteur privé, nous avons abordé plus haut son cantonnement essentiellement dans la TPE ou tout au plus au niveau de la PME.
79. À cela s'ajoute sa maîtrise insuffisante des méthodes modernes de management et son recours très rare au conseil et à l'expertise externe, faisant que sa connaissance des apports et opportunités des fusions ne lui est pas encore accessible ; il en va ainsi notamment de sa très faible attraction d'investisseurs » externes au noyau familial.

2.3. Les principaux obstacles au traitement des affaires de concentrations par le Conseil de la concurrence :

80. Le Conseil de la concurrence devrait être une source importante de recueil de l'information statistique sur les concentrations notifiables. Or force est de constater le nombre insignifiant de notifications faites au Conseil de la Concurrence depuis sa création. (4 notifications entre 2013 et fin 2020).

81. En l'absence de données sur les concentrations à recueillir auprès du Conseil de la concurrence, la seconde voie d'investigation ne peut être que les études notariales ou le BOAL (bulletin des annonces légales) tel que le prévoit l'article 748 du Code de commerce.

82. Le recours aux études notariales est une voie excessivement lourde (nombre d'études) et incertaine du fait qu'elle présuppose une collaboration totale et parfaite des notaires dont la loi n'impose pas la fourniture d'informations au Conseil de la concurrence. Le principe de confidentialité pouvant en outre être opposé par ces études notariales.

83. Le conseil de la concurrence pourrait alors être confronté à un fort degré de confidentialité qui entoure les opérations de fusions-acquisitions et le manque de transparence des entreprises. (Certaines entreprises enfreignant la loi et ne publiant pas leurs actes de fusion)

84. Le recours au BOAL semble en conséquence être une seconde voie. Cependant le travail d'investigation risque d'être fastidieux.

85. En effet, il s'agira après compulsions de tous les BOAL, de séparer les concentrations dont le seuil est inférieur à 40% de parts de marché de celles qui ont dépassé ce seuil. Ce que ni le BOAL ni même l'étude notariale ne sont capables de renseigner.

86. Quoiqu'il en soit, ce serait à notre avis un passage obligé, à la seule condition qu'une structure organique soit dédiée à cette mission et qui développerait son expertise en la matière.

87. Cette condition réside dans l'intégration urgente d'un « service concentrations » au sein de l'organigramme du Conseil de la concurrence que le décret exécutif portant sur son organisation et fonctionnement n'a pas prévu.

88. En effet trois textes (2 décrets exécutifs et un arrêté interministériel) sont venus successivement fixer l'organisation et le fonctionnement du conseil de la concurrence (Décret exécutif 11-241 du 10 juillet 2011, décret exécutif 15-79 du 8 mars 2015 et arrêté interministériel du 7 février 2016), ces trois textes n'ont pas prévu de structure ou sous structure dédiée aux concentrations.

89. Dans ce cadre, l'amendement prochain de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée devrait être suivi de ses textes d'application. Le Conseil de la concurrence devra mettre à profit cette l'opportunité pour parfaire son organisation en proposant un organigramme en adéquation avec les missions qui lui sont dévolues par l'État.

90. Cette structure « service concentrations » dotée d'un observatoire spécifique du marché des fusions acquisitions aura entre autres missions importantes de :

- Recenser périodiquement les opérations de fusions ;
- Préciser la nature de ces opérations : fusions absorptions ; acquisitions, ou fusions par création de sociétés nouvelles ;
- La forme juridique des sociétés éligibles à la fusion ;

- La nationalité des sociétés éligibles à la fusion (exemple : fusion de sociétés étrangères avec une ou plusieurs sociétés Algériennes) ;
- La taille des sociétés fusionnées ;
- La dimension des entreprises absorbées et absorbantes (comparaison des apports des actifs nets des sociétés fusionnées).

2.4. Les principaux défis à relever par le Conseil de la concurrence

91. A la huitième année de fonctionnement du Conseil de la concurrence, il est fondamental de s'interroger sur la quasi absence de notifications des concentrations (quatre notifications en huit années).

92. Deux facteurs nous paraissent être à l'origine de cette défaillance :

- Deux article de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 (article 17 et 21 bis) qui laissent une très grande marge de manœuvre aux entreprises notifiantes.
- Une culture entrepreneuriale familiale tournée essentiellement vers la croissance interne et ignorant les vertus de la croissance externe.

93. Dans les deux cas, le Conseil de la concurrence doit agir à deux niveaux :

- Au niveau des amendements à apporter à l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence dans sa partie « concentrations ». Cette action est déjà réalisée puisque des propositions ont été faites à ce sujet et transmises sous forme d'avis aux pouvoirs publics depuis 2017.
- Au niveau de la maîtrise du « marché des concentrations » pour lequel aucune statistique n'est disponible ni étude n'a été engagée. Il s'agit de se réapproprié ce domaine de compétence qui semble échapper totalement au Conseil de la concurrence.

94. Sur un autre plan, une politique de concurrence explicite et écrite couplée à une politique industrielle tout aussi explicite et écrite intégrant le volet « concentrations économiques » permettrait de trouver les équilibres entre la nécessaire protection des petites et moyennes entreprises contre les grosses entreprises prédatrices et la nécessité de création et de promotion d'entreprises fortes, pourvoyeuses d'emplois et de recettes fiscales (par effet de concentrations).

95. L'un des enjeux majeurs liés aux concentrations, réside aussi dans l'attrait de l'investissement direct étranger.

96. En effet, depuis quelques années l'Algérie a mis en place un programme de facilitation de la création et de l'établissement d'entreprises qui lui a récemment permis d'améliorer son classement dans le *doing business*.

97. Les investissements étrangers s'opèrent de différentes manières, dont la conclusion de contrat avec des entreprises nationales, la prise de participation des grands groupes étrangers dans des entreprises locales.

98. Il n'est pas exclu de voir prochainement le rachat pur et simple d'entreprises en difficulté frappées notamment par la crise sanitaire du COVID-19.

99. Les opérations de concentration constituent ainsi un outil de création ou de renforcement de certaines entreprises dans les pays en développement dont doit tenir compte le Conseil de la concurrence tant au plan de l'efficacité économique qu'au plan de la protection du bien être des consommateurs (protection du pouvoir d'achat notamment).

3. EVALUATION DU NIVEAU D'ANALYSE ECONOMIQUE UTILISEE PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

3.1. Critères d'évaluation

100. Il faut souligner que les critères d'évaluation sont à peu près appliqués de la même manière par toutes les Autorités de la concurrence.

101. Il existe cependant deux critères différents pour déterminer, en définitive, si une concentration est anticoncurrentielle ou non, à savoir : Le test de dominance et le test de diminution substantielle de la concurrence (« test of substantive lessening of competition » SLC).

102. Ces deux critères sont issus du règlement intérieur de 1989 et de 2004 de la commission européenne.

103. Le règlement de 1989 disposait qu'une concentration est interdite si elle est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante (test de dominance).

104. Le règlement de 2004 dispose qu'une fusion est interdite si elle risque d'entraver de manière significative la concurrence effective "substantial lessening of competition". Ce critère est venu prendre en compte la problématique des oligopoles sans position dominante, à savoir qu'une concentration peut augmenter les prix au détriment des consommateurs même si elle ne crée pas de position dominante.

105. Le test de dominance qualifie d'anticoncurrentielles les opérations de concentration si elles créent ou renforcent une position dominante sur le marché. Une position dominante peut être occupée par une entreprise unique ou par plusieurs entreprises (position dominante collective). La dominance est définie par l'absence de pression concurrentielle significative exercée sur la/les entreprises dominantes. Une entreprise dominante est dès lors capable d'agir plus ou moins indépendamment du comportement de ses concurrents, fournisseurs et consommateurs.

106. La diminution substantielle de la concurrence (SLC) est vérifiée lorsqu'une concentration réduit de façon significative la concurrence entre des entreprises. L'opération réduit la pression concurrentielle ainsi que les incitations pour les parties à la concentration ou leurs concurrents à améliorer les produits et à devenir plus innovant ou efficient.

107. Une telle diminution de la concurrence aurait probablement des effets négatifs visibles sur les consommateurs. Ainsi, la caractéristique essentielle du test SLC. est l'intérêt accordé par l'autorité de la concurrence aux effets sur les consommateurs et les prix après une concentration.

3.2. Critère d'évaluation retenu par le droit de la concurrence Algérien

108. L'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence en ces articles 17 et 18 limitent l'évaluation de la concentration au premier critère à savoir le renforcement de la position dominante par le calcul des parts de marché dont le seuil est fixé à « plus de 40% des ventes ou achats effectués sur un marché ».

109. Le législateur Algérien dans l'ordonnance susvisée s'est en quelque peu privé de l'utilisation d'une approche plus efficace et moderne dans l'évaluation des concentrations. Cela pouvant être corrigé dans le cadre des futurs amendements de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence.

110. Par ailleurs nous avons indiqué plus haut la nécessité de passer d'un système de calcul des parts de marché en pourcentages à un système fondé sur les seuils de chiffres d'affaires et ce, d'autant plus que le droit des concentrations économiques s'aligne de plus en plus, et souvent malgré lui, aux évolutions des marchés à l'exemple du marché du numérique dont la spécificité exige aujourd'hui de recourir à la valeur des transactions plutôt qu'au seuil du chiffre d'affaires.

111. Sur un autre plan, l'analyse économique des concentrations en Algérie entre dans le cadre du décret exécutif N°05-219 du 22 juin 2005 relatif aux autorisations des opérations de concentration et notamment ses annexes 1 et 2.

112. Nous nous intéresserons particulièrement à l'annexe 2 qui est en fait le formulaire de renseignement relatif à une opération de concentration que doivent renseigner les parties notifiantes.

113. Ce formulaire est divisé en trois parties à renseigner que sont :

- Les données relatives aux entreprises parties à la concentration.
- Les données relatives à la concentration.
- Les données relatives au marché.

114. Les informations sollicitées par l'annexe 2 ne permettent pas à notre avis de faire une analyse économique exhaustive de l'opération notifiée.

115. En effet concernant la partie 1 relative aux « données relatives aux entreprises parties à la concentration », ces dernières ne contiennent pas les comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration ni le montant de l'acquisition.

116. De même que la présentation des objectifs économiques de l'opération, comportant notamment une évaluation des avantages attendus n'est pas requise ; ainsi que la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications.

117. Concernant la partie 2 portant sur « les données relatives à la concentration », bien que les comptes sociaux des trois derniers exercices sont demandés, les comptes éventuellement consolidés ne le sont pas (la notion de groupe étant éludée), de même que n'est pas demandé le dernier rapport annuel de gestion adopté par les organes sociaux et qui est sensé contenir un gisement d'informations indispensables à une bonne analyse économique de la concentration.

118. Comme n'a pas été prévue la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, et notamment si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration.

119. Enfin, n'est pas explicitement ni implicitement demandé la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens.

120. Concernant la partie 3 portant sur « les données relatives au marché », il est fait mention du marché en cause qui peut être assimilé au marché affecté par la concentration dès lors que les parts de marché dépassent les 40%.

121. Or, la notification ne comprend pas une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée.

122. Si la part de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent est demandée explicitement dans le formulaire, la part de marché des principaux opérateurs concurrents n'est pas exigée ni leurs coordonnées.

123. S'il est fait effectivement référence aux clients cette exigence n'est pas détaillée en termes d'identité, et de coordonnées des principaux clients, et des responsables compétents des principaux clients, ainsi que la part que représente chacun de ces clients dans le chiffre d'affaires de chacune des entreprises ou groupes visés par la concentration.

124. S'il est fait effectivement référence aux fournisseurs, cette exigence n'est pas déclinée sous forme d'identité, et de coordonnées des principaux fournisseurs et des responsables compétents des principaux fournisseurs ainsi que la part que représente chacun de ces fournisseurs dans le total des achats de chacune des entreprises ou groupes visés par la concentration.

125. Ne sont pas non plus requises les informations sur les accords de coopération (horizontaux et verticaux) conclus par les entreprises ou groupes visés par la concentration sur les marchés affectés, tels que les accords de recherche et développement, les accords de licence, de fabrication en commun, de spécialisation, de distribution, d'approvisionnement à long terme et d'échanges d'information.

126. Il est fait effectivement mentions de barrières à l'entrée au marché concerné, cependant sur un niveau général sans pour autant citer les facteurs susceptibles d'avoir une incidence sur l'accès aux marchés concernés telles que les dispositions réglementaires, les conditions d'accès aux matières premières, l'importance des dépenses de recherche et développement et de publicité, l'existence de normes, de licences, de brevets ou d'autres droits, l'importance des économies d'échelle, le caractère spécifique de la technologie mise en œuvre.

127. Par ailleurs ne sont pas prescrites dans ledit formulaire les renseignements portant sur les principaux facteurs contribuant à la détermination des prix et l'évolution de ceux-ci sur une période couvrant au moins les trois dernières années.

128. Enfin n'est pas demandé dans l'annexe 2 sus visée Une estimation des capacités de production existant sur le marché leur taux moyen d'utilisation, ainsi qu'une évaluation de leur taux d'utilisation par les entreprises ou groupes notifiant la concentration.

129. Telles sont les lacunes recensées dans les textes en vigueur pour une bonne analyse économique des fusions acquisitions.

130. Les connaître et les recenser constitue un pas supplémentaire dans l'amélioration de l'efficacité du Conseil de la concurrence et de son professionnalisme à travers sa composante humaine notamment que nous étudierons dans les parties qui suivent.

4. BREF APERCU DES AFFAIRES DE CONCENTRATIONS ECONOMIQUES TRAITÉES PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE DURANT DEUX MANDATS

4.1. Caractéristiques des affaires de concentrations traitées

131. De 2013 à ce jour, seulement quatre (04) concentrations ont été notifiées au Conseil de la concurrence. Dans la partie II nous avons fourni les explications qui nous paraissent justifier cette situation.

132. Dans cette partie nous apportons une description sur chaque affaire en mettant en relief ses principales caractéristiques.

133. Au préalable il est à remarquer que les notifications ont concerné :

- Une notification émanant du secteur de la santé (année 2015) ;
- Deux notifications émanant du secteur industriel (année 2017 et année 2018) ;
- Une notification émanant du secteur des assurances (année 2019).

134. Concernant la nature des décisions prises par le Conseil de la concurrence en matière de concentrations économiques : seule une concentration a été autorisée (LIND GAZ AG/PRAIXER INC) alors que les trois autres ont fait l'objet des décisions suivantes :

- **La concentration des Sociétés SANOFI et CHEPLAPHARM : a fait l'objet d'un report de décision jusqu'à présentation du document (décision d'enregistrement au nom du nouvel acquéreur du fonds de commerce exigée par le ministère de la santé).**
- **La fusion des Sociétés SIEMENS -ALSTOM:** Cette notification a été retirée par les mandataires des deux sociétés dès que la commission européenne a émis un avis défavorable.
- **La fusion entre la Spa SAE EXACT (filiale de la SAA) et la Spa EXAL** La demande de fusion a été refusée sur la base de la résolution 01/166/12/12 /2018 du Conseil des Participations de l'État (CPE) portant sur la situation de l'endettement des EPE.

135. Concernant la Nature des opérations de concentration économique, il est constaté les résultats suivants :

- Deux fusions : notification SIEMENS/ALSTHOM et SAE EXACT Spa/EXAL SPA ;
- Un achat d'éléments d'actifs : notification Sociétés SANOFI et CHEPLAPHARM ;
- Une Création d'entreprise commune : notification sociétés LIND AG /PRAIXER INC.

136. Concernant la répartition des concentrations économiques suivant le niveau de chiffre d'affaires (CA) national et mondial : cette répartition ne peut s'effectuer en raison de l'utilisation par le droit de la concurrence Algérien du critère part de marché en pourcentage au lieu du Chiffre d'affaires. Toutefois l'instruction des quatre notifications introduites ont permis de déclarer leur éligibilité aux articles 17 et 18 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence. Chaque concentration se traduisant par une part de marché supérieure à 40%.

137. Concernant la répartition des notifications des concentrations économiques par origine des parties prenantes, il en ressort la répartition suivante :

- Les parties à la concentration sont des sociétés étrangères : Il s'agit des trois notifications que sont Sanofi /Cheplapharm- Siemens/Alsthom – Lin AG /Praixer inc.
- Les parties à la concentration sont des sociétés de droit Algérien : une notification concernant SAE EXACT Spa/EXAL SPA.

138. Concernant la répartition des concentrations économiques par montants des transactions réalisées, cette donnée n'est pas disponible car non prescrite dans le formulaire de renseignement sur les notifications de concentration.

139. Enfin les motivations avancées par les sociétés concernées pour la réalisation de ces opérations de concentration s'articulent autour des points suivants donnés par ordre d'importance :

- Les impératifs de restructuration interne ;
- La volonté de créer des synergies et une mise en commun des moyens entre les sociétés concernées ;
- La recherche d'opportunités d'investissements ;
- La recherche de la diversification du portefeuille ;
- Et le développement de l'offre de service des parties prenantes des concentrations économiques notifiées.

140. Nous fournissons ci-après sous forme de synthèse le traitement des quatre notifications de concentrations.

4.1.1. Année 2015 : Notification de la concentration des Sociétés SANOFI et CHEPLAPHARM. (Secteur de la santé)

141. Cette demande concernait l'acquisition par la Société CHEPLAPHARM (Sarl de distribution de produits pharmaceutiques, de droit Allemand) d'éléments d'actifs relatifs au médicament URSOLVAN du Groupe SANOFI ou plus précisément il s'agissait de la vente par le Groupe SANOFI à la Sarl CHEPLAPHARM du fonds de commerce (vente d'actif) portant sur le médicament URSOLVAN.

142. Le Conseil de la concurrence, se basant particulièrement sur l'avis du 22 octobre 2015 du Ministère de la santé, a décidé le report de sa décision jusqu'à présentation par les deux sociétés éligibles à la concentration de la décision d'enregistrement établie au nom du nouveau titulaire en l'occurrence la société CHEPLAPHARM Sarl cessionnaire du fonds de commerce.

4.1.2. Année 2017: Notification de la concentration des Sociétés LIND GAZ AG et société PRAIXAIR INC (Secteur industriel) :

143. Il s'agissait de la Création d'une société commune à l'étranger : La holding New holdco. Le Ministère de l'Énergie a émis un avis favorable alors que le Ministère du commerce a demandé de reporter la séance du collège pour insuffisance d'informations à son niveau.

144. LINDE est une entreprise de haut niveau La société est une société active dans le domaine des gaz industriels et des gaz spéciaux et également dans les domaines de l'ingénierie et des services, la société se compose de trois branches: Les deux principales branches sont celles du gaz et de l'ingénierie alors que la troisième branche est celle des autres activités logistiques qui sont organisées dans une société de logistique appelée Gist, en cours de cession.

145. PRAXAIR Gaz est une société Internationale cotée à la bourse et toutes ses actions sont négociées à la Bourse de New York dans l'état du Connecticut USA. Son activité est dans le gaz industriel et consiste à fournir aux utilisateurs dans une variété de domaines et de nombreuses industries telles que la chimie, l'industrie alimentaire et des boissons, L'énergie, la santé, la production et les matières premières. L'entreprise n'a aucune activité au niveau national (Algérie).

146. Le processus de concentration a été lancé au niveau international à partir du mois d'Août 2017 en Allemagne et est censée se terminer le 24 Octobre 2017.

147. Les autorités de la concurrence saisies au sujet de ce projet de concentration s'élèvent au nombre de 24 pays à travers le monde, y compris: les autorités américaines, la Chine, l'Inde, la Corée du Sud, le Brésil, le Canada, le Mexique et la Russie.

148. Comme il est indiqué dans le rapport du Rapporteur ayant examiné le marché concerné, et étant donné que le processus de concentration s'effectuera entre les deux sociétés exerçant à l'étranger, sachant que l'entreprise PRAXAIR n'a pas de succursales en Algérie, alors que la société LINDE est le fournisseur unique des gaz industriels en Algérie, les activités des deux sociétés concernées en Algérie ne se chevauchent pas et n'affecteront pas directement la concurrence au sein du marché algérien.

149. Après examen du présent rapport préparé le 28 novembre 2017 par le Rapporteur, Le collège du Conseil de la concurrence a décidé d'autoriser la concentration économique entre LINDE AG et INC PRAXAIR.

4.1.3. Année 2018 : Notification de la fusion des Sociétés SIEMENS -ALSTOM

150. Secteur industriel : Cette notification a été retirée par les mandataires des deux sociétés après que la commission européenne ait émis un avis défavorable.

151. Cette fusion a posé la problématique du traitement des fusions transnationales par un pays en développement.

4.1.4. 4- Année 2019 : Fusion entre la Spa SAE EXACT (filiale de la SAA) et la Spa EXAL

152. Secteur des assurances La demande de fusion a été rejetée sur la base de la résolution 01/166/12/12 /2018 du Conseil des Participations de l'État (CPE) portant sur la situation de l'endettement des EPE et qui interdit notamment la fusion d'entreprises endettées avec les entreprises en bonne santé financière.

4.2. Utilisation de l'analyse économique dans les affaires susvisées

153. L'analyse économique utilisée dans les quatre affaires a été essentiellement consacrée à l'examen de l'annexe 2 du décret exécutif N°05-2019 du 25 juin 2005 relatif aux autorisations des opérations de concentration. Cet annexe 2 est un formulaire que les parties concernées par la concentration doivent renseigner et qui comporte trois parties essentielles :

- Les données relatives aux entreprises parties à la concentration.
- Les données relatives à la concentration.
- Les données relatives au marché.

154. Le Conseil de la concurrence étant une institution jeune (huit années de fonctionnement réel après le gel de ses activités en 2003 et sa réactivation en 2013). L'effectif total est de trente (30) agents dont treize (13) cadres supérieurs. Parmi les cadres supérieurs dix (10) sont des économistes partagés entre les membres du collège au nombre de deux (2) les rapporteurs au nombre de quatre (4), l'administration générale au nombre de quatre (4).

155. Il est à relever que le Conseil ne dispose pas d'un service dédié spécifiquement aux concentrations ni d'une équipe d'économistes spécifiquement dédiée à l'analyse économique et dirigée par un chef économiste. En outre aucun cadre supérieur économiste ne dispose d'une formation supérieure en économétrie.

156. Plus précisément on peut affirmer que ce sont les rapporteurs qui jouent le rôle d'analystes économiques au niveau de l'instruction des affaires de concentrations puis les deux membres du collège au niveau des délibérations du Conseil.

157. Il faut souligner par ailleurs que le droit des concentrations en Algérie ne prévoit pas de phase 1 et phase 2 dans le traitement des concentrations. Seule une phase est prévue à l'issue de laquelle la décision d'autorisation de la concentration ou son refus doit être prise dans un délai de trois (03) mois.

158. En conséquence un examen approfondi d'une affaire de concentration n'a pas encore été effectué et les économistes du Conseil n'ont pas eu à concevoir des demandes d'informations (autres que celles prévues dans l'annexe 2 sus visée) ni à négocier des mesures correctives pour chacune des notifications de concentrations reçues.

159. Eu égard au faible nombre de notifications de concentrations reçues, et à la faible expérience en matière d'utilisation d'enquêtes dans les affaires d'examen des fusions, le Conseil n'a pas utilisé d'analyses quantitatives dans l'examen des quatre affaires sus visées ni de techniques quantitatives précises à l'image du SSNIP ou du HHI bien que nos économistes sont aptes à maîtriser ces techniques.

160. Enfin, le Conseil de la concurrence n'a pas fait appel dans lesdites affaires traitées à des experts économiques externes particulièrement en raison de l'absence de lancement d'examens approfondis.

161. Quant aux preuves ou indices qualitatifs, le Conseil de la concurrence utilise généralement les études et analyses internes transmises par les parties à la concentration ainsi que toutes informations publiques, ou études de marché et analyses disponibles.

162. Il est notamment recherché à travers ces études et analyses les explications et éclaircissements suivants :

1. Pour la délimitation des marchés en termes de produits :
 - Les caractéristiques physiques des produits et services ;
 - Les besoins ou les préférences des clients ;
 - Les différences de prix ;
 - Les canaux de distribution ;
 - L'environnement juridique.
2. Pour la délimitation géographique des marchés :
 - Les coûts de transport ;
 - La distance ou le temps de parcours des consommateurs ou des acheteurs.

5. LES METHODES QUANTITATIVES SUCCEPTIBLES D'ETRE UTILISEES POUR LES AFFAIRES DE CONCENTRATIONS TRAITEES

5.1. La nécessité des lignes directrices

163. Bien qu'à ce jour, le Conseil de la concurrence n'a pas utilisé les méthodes quantitatives pour l'examen des concentrations qui lui ont été notifiées, il n'en demeure pas moins qu'il reste conscient quant à l'intérêt à accorder à l'utilisation de ces techniques sachant qu'elles contribuent à renforcer l'argumentaire de ses décisions d'une part ainsi qu'à apporter sa contribution aux juges des tribunaux pour renforcer leur conviction d'autre part.

164. En effet l'importance de l'analyse économique est au cœur du contrôle des concentrations, et ce, même si cela n'est pas explicitement affirmé dans le cadre de lignes directrices que le Conseil de la concurrence est appelé à éditer et à mettre à la disposition des parties prenantes en guise de guide pédagogique.

165. L'analyse économique devrait constituer notamment un outil nécessaire à l'analyse du pouvoir de marché et des effets potentiels des fusions.

166. Par ailleurs les études quantitatives soumises par les parties prenantes (entreprises candidates à la fusion-acquisition) devraient être encadrées par le Conseil de la concurrence de telle sorte qu'elles puissent être évaluées correctement. Elles doivent non seulement présenter clairement la méthodologie utilisée mais aussi discuter le bien fondé du choix méthodologique ainsi que ses limites et ce, à l'effet d'aborder pleinement les préoccupations économiques spécifiques au cas d'espèce.

5.2. L'implication des économistes

167. L'implication des économistes dans le contrôle des concentrations est jugée actuellement relativement faible sachant comme affirmé plus haut que le Conseil de la concurrence est un organisme « petit et jeune » et qu'à ce jour aucun examen approfondi de concentration n'a été effectué.

168. Les mêmes explications expliquent l'absence de recours à l'expertise externe sans pour autant l'exclure définitivement sachant que les notifications de concentrations peuvent évoluer en fonction du lancement des réformes économiques prévues par les pouvoirs publics entre 2020-2024.

169. Une implication plus forte des économistes reste tributaire de la mise en place d'une structure dédiée aux concentrations économiques « service concentrations » qui devra être étoffé de compétence s en économie industrielle (économétrie) et qui contribuera efficacement à aider à la collecte d'informations (quantitatives ou qualitatives).

170. Ces mêmes compétences seront appelées aussi à échanger avec les cabinets d'économistes utilisés par les parties notamment au niveau de la phase de pré-notification et le cas échéant pendant toute la durée de la procédure (à la demande des parties ou de l'équipe des rapporteurs) afin de discuter des données et/ou des hypothèses utilisées.

5.3. Les tests quantitatifs susceptibles d'être mis en œuvre par le Conseil de la concurrence

5.3.1. L'indice Herfindahl-Hirschmann

171. Cet Indice est régulièrement utilisé pour apprécier la nature de la concentration d'un marché notamment afin d'identifier ou non la possibilité d'une situation de position dominante. Pour cette raison, il est utilisé par la Commission européenne qui retient la définition suivante :

« Indice de concentration du marché, c'est-à-dire de la mesure dans laquelle un petit nombre d'entreprises représentent une grande partie de la production ».

172. L'IHH est utilisé comme un indicateur possible du pouvoir de marché ou de la concurrence qui s'exerce entre entreprises.

173. Il mesure la concentration du marché en additionnant les carrés des parts de marché de toutes les entreprises du secteur.

174. Lorsque, par exemple, sur un marché comptant cinq entreprises, chacune d'elles détient une part de marché de 20 %, l'IHH est alors égal à : $400 + 400 + 400 + 400 + 400 = 2\,000$. Plus l'IHH d'un marché donné est élevé, plus la production est concentrée entre un petit nombre d'entreprises.

175. D'une manière générale, lorsque l'IHH est inférieur à 1 000, la concentration du marché est considérée comme faible, lorsqu'il est compris entre 1 000 et 1 800, elle est considérée comme moyenne et lorsqu'il est supérieur à 1 800, elle est considérée comme élevée. »

176. En considérant que les données sont fiables et disponibles, le Conseil de la concurrence pourrait aisément calculer cet indice et en faire un aiguillon pour ses autorisations ou refus des concentrations qui lui sont notifiées.

5.3.2. Le test du monopoleur hypothétique (SSNIP)

177. À ce jour, l'Autorité n'a pas eu l'occasion de mettre en œuvre des méthodes quantitatives telles que le test du monopoleur hypothétique (SSNIP) dans les décisions de contrôle des concentrations.

178. Ce test pourrait être mis en œuvre s'il était possible de le faire dans des conditions satisfaisantes d'obtention de données fiables. Or nous avons évoqué précédemment la faiblesse de l'appareil statistique tant au niveau des institutions qu'au niveau des entreprises.

179. L'objectif du test du monopoleur hypothétique (ou "SSNIP test") est de déterminer le plus petit groupe de biens pour lequel une hausse de prix légère, mais significative (généralement 5 à 10 %) et non transitoire serait profitable à une entreprise hypothétique qui contrôlerait l'ensemble des biens considérés.

180. Le test du monopoleur hypothétique reposant par définition sur une situation non observable, sa mise en œuvre quantitative peut s'avérer difficile.

181. Il est cependant possible de l'utiliser, en particulier lorsque le marché ne contient qu'un ou deux biens ou que l'on cherche à lever des doutes sur l'inclusion ou non d'un bien dans un marché délimité grâce à des indices qualitatifs.

182. Le test peut être mis en œuvre en fonction des données disponibles. Certaines données sont relativement faciles à obtenir (ratios de diversion, marges).

183. Les données nécessaires à la mise en œuvre quantitative du test du monopoleur hypothétique peuvent provenir de données internes à l'entreprise telles que la marge sur coût variable qui peut être calculée à partir des données comptables des parties.

184. En outre, les études marketing, rapports d'experts ou sondages auprès des consommateurs contiennent généralement des estimations de l'élasticité prix directe ou des ratios de diversion (taux de report entre produits).

185. Comme il est tout à fait possible de recourir à l'économétrie pour obtenir les élasticités prix directes en estimant des fonctions de demande à partir de données sur les prix et les quantités (données pouvant être prélevées des sorties de caisse ou scanning data tout du moins au niveau des grandes surfaces de ventes).

186. Le test du monopoleur hypothétique devrait guider toute délimitation de marché pertinent. Cependant il requiert un effort particulier pour collecter les données nécessaires à sa mise en œuvre.

187. Il convient de rappeler qu'il n'est pas aisé de mettre ce type de test en pratique dans les délais impartis par le contrôle des concentrations (90 jours de délai selon article 17 de l'ord.03 .03) et des ressources financières à mobiliser pour la collecte des données (sondages notamment).

5.3.3. Le test « upward pricing pressure » (UPP) ou Pression à la hausse sur les prix

188. Les débats autour de la révision des lignes directrices aux États-Unis ont mis en relief la possibilité d'utiliser de nouveaux tests quantitatifs en mesurant directement les effets unilatéraux des concentrations.

189. Ainsi le test « upward pricing pressure » (UPP) ou pression à la hausse sur les prix, proposé par les professeurs Farrell et Shapiro, sont supposés indiquer, à partir d'indices dérivés d'un calcul basé sur les marges et ratios de diversion entre les produits des entreprises parties à la fusion, indiquer si les parties auraient intérêt ou non à augmenter leurs prix post-concentration.

190. Le test UPP ("upward pricing pressure"- pression à la hausse sur les prix) constitue l'un des tests quantitatifs utilisés par les autorités de concurrence pour réaliser une première évaluation du risque d'effet unilatéral susceptible de se produire à l'issue d'une concentration. Selon les lignes directrices UE sur les concentrations, le test "UPP" consiste à prendre en considération les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix du fait de l'internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération, mais aussi les incitations à la baisse des prix qui pourraient résulter des gains d'efficacité générés par l'opération. Il s'agit d'analyser le signe de l'effet net : si ce dernier est positif, l'opération est susceptible de conduire à une hausse des prix ; si l'effet net est négatif, l'opération peut être considérée comme favorable aux consommateurs.

191. L'intérêt de ce test est qu'il demande moins d'informations que le test du monopoleur hypothétique.

5.3.4. Le test « IPR » ("Illustrative Price Rise")

192. C'est un test quantitatif utilisé par les autorités de concurrence pour obtenir une première estimation du risque d'effet unilatéral qu'entraîne une concentration, sans qu'il soit nécessaire de définir le marché pertinent.

193. Il permet d'estimer la hausse de prix anticipée (en l'absence de gains d'efficacité) à partir des mêmes données que celles utilisées pour un test « UPP » dans l'hypothèse d'une mono-production.

194. Une adaptation au cas par cas permet de tenir compte du caractère multi-produits d'entreprises ou de gains d'efficacité conduisant à des baisses de coût variable. Comme les autres tests, le test "IPR" ne prend pas en compte la réaction des concurrents et ne constitue donc pas une simulation des effets globaux de l'opération.

195. Il est donc relativement facile de calculer des indicateurs donnant une première appréciation du risque qu'une fusion horizontale engendre des effets unilatéraux. Avec une estimation du ratio de diversion et du taux de marge, on obtient un indicateur synthétique permettant d'identifier les opérations les plus susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels sensibles.

196. Bien évidemment, il ne s'agit que de premiers indicateurs, qui ne donnent qu'une appréciation préliminaire et ne remplacent en aucun cas une analyse approfondie mobilisant des outils plus sophistiqués et permettant de déterminer les effets probables d'une opération soulevant des doutes.

197. Mais ces indicateurs remplacent avantageusement le calcul des parts de marché et de l'indice de concentration : ils sont plus informatifs sur les risques d'effets unilatéraux d'une fusion horizontale et il n'est même pas nécessaire de délimiter le marché pertinent pour les calculer.

6. LE POIDS DE L'ANALYSE QUALITATIVE DANS LE TRAITEMENT DES CONCENTRATIONS ECONOMIQUES

198. L'expertise économique ne doit pas être limitée aux techniques quantitatives. L'analyse qualitative est également indispensable dans l'examen des fusions et peut bénéficier considérablement de cette expertise.

199. Les économistes peuvent aider à concevoir des enquêtes et des demandes d'informations, et fournir des conseils sur ce qu'il faut rechercher dans les documents de business plan et de stratégie fournis par les entreprises.

200. La réunion des indices de preuve par le biais d'une analyse qualitative peut s'effectuer à travers :

- Les études et analyses internes transmises par les parties ;
- Toutes informations publiques, ou études de marché et analyses disponibles.

6.1. La délimitation des marchés pertinents en termes de produits

201. Pour délimiter les marchés pertinents les caractéristiques les plus souvent utilisées pour conduire l'analyse qualitative sont présentées ci-après :

- Les caractéristiques physiques des produits et services : les caractéristiques d'un produit constituent des éléments essentiels dans le choix des clients et, à ce titre, sont analysées pour comprendre leur comportement
- Les besoins ou les préférences des clients : lorsque les produits sont commercialisés à des clientèles dont les besoins ou les préférences diffèrent, le Conseil de la concurrence peut considérer des marchés distincts par type de clientèle.
- Les différences de prix : un écart de prix substantiel et durable entre différents produits peut constituer un indice de non substituabilité entre ces différents produits et donc un indice de non appartenance au même marché.
- Les réseaux de distribution : les stratégies de distribution des entreprises peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité des produits, du point de vue de leurs clients, et peuvent ainsi fonder une distinction des marchés.

202. Le Conseil de la concurrence peut analyser au cas par cas la pertinence d'une segmentation entre ventes en ligne (à distance) et ventes en magasin physique.

- L'environnement juridique : l'existence d'une norme ou d'une réglementation spécifique est aussi susceptible d'influencer le comportement de la demande, dans la mesure où elle peut influencer les prix des produits, leur qualité et même la perception du produit par la clientèle.

6.2. La délimitation géographique des marchés

203. Le cadre d'analyse applicable à la délimitation géographique des marchés est celui du test du monopoleur hypothétique, qui vise à apprécier la pression concurrentielle exercée par des offreurs situés dans des zones géographiques plus ou moins éloignées.

204. Pour délimiter géographiquement les marchés, trois caractéristiques essentielles peuvent être retenues :

- **Les coûts de transport** : les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas pour les produits pondéreux.
- **La distance ou le temps de parcours des consommateurs ou des acheteurs** peut constituer un élément important de délimitation des marchés géographiques, notamment lorsque ces marchés sont limités à une zone locale.
- **Les préférences subjectives des clients** : des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou l'attachement aux marques expliquent en outre que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut ainsi être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales.

7. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS DESTINEES A AMELIORER LE NIVEAU D'ANALYSE ECONOMIQUE ACTUEL

205. L'analyse économique effectuée par le Conseil de la concurrence dans les enquêtes sur les concentrations est en l'état actuel particulièrement sommaire et s'explique d'une part par le faible nombre de notifications déposées par les parties à la concentration et d'autre part par l'ambiguïté de certains articles du droit des concentrations que nous avons évoqué dans la partie 2.

206. La levée de ces ambiguïtés est liée à la prise en charge des amendements proposés par le Conseil de la concurrence aux pouvoirs publics depuis 2017.

207. Par ailleurs dans la même partie 2 nous avons relevé qu'aucun organisme national ne dispose de données recensant les regroupements d'entreprises réalisés dans le pays.

208. Devant l'absence de statistiques exhaustives sur les fusions-acquisitions en Algérie il nous paraît indispensable de créer une base de données recensant ce type d'opérations depuis les réformes économiques engagées en 1990 à ce jour.

209. Le Conseil de la concurrence pourrait se charger de cette mission sous réserve de le doter en ressources humaines et financières à hauteur des besoins nécessaires à cette opération.

210. Cette tâche s'avère d'autant plus compliquée pour les entreprises non cotées en bourse et qui représentent la quasi intégralité du tissu économique du pays.

211. En effet, le fort degré de confidentialité qui caractérise les opérations de fusions-acquisitions ainsi que le manque de transparence des entreprises rend difficile un recensement précis de ces opérations.

212. Parallèlement la création d'un service concentrations doté d'experts en économie industrielle ou en économétrie s'avère fondamentale à l'effet de se préparer à l'afflux de notifications que les réformes économiques en cours (2020-2024) ne manqueront pas de susciter.

213. Sur un autre plan nous avons évoqué l'importance des petites et moyennes entreprises en Algérie (plus de 90 %) caractérisées par une fragilité des moyens financiers, humains et techniques les rendant une cible privilégiée pour les grandes entreprises tant nationales qu'internationales.

214. Dans le domaine de l'utilisation des méthodes quantitatives, le Conseil de la concurrence fait partie des organismes de la concurrence qui utilisent rarement les techniques économétriques.

215. Il ressort en fait que le recours aux analyses économiques plus complexes, que ce soit aux fins d'évaluation des fusions ou à d'autres fins, n'est pas exigé ni encouragé.

216. En effet outre les limitations ayant trait aux données disponibles et à leur fiabilité s'ajoutent les limitations des ressources en personnel et des compétences techniques, aggravées par les contraintes de temps (en particulier pour le délai de traitement des notifications de fusions)

217. En outre il faut constater qu'il n'est pas fait obligation au conseil de la concurrence d'appliquer des analyses économiques (à titre d'exemple le Conseil de la concurrence n'est pas tenu par la loi de prendre en compte l'argument de l'efficacité lorsqu'il analyse une fusion).

218. L'analyse économique se limite au traitement du formulaire de l'annexe 2 du décret exécutif n°05-219 du 22 juin 2005 relatif aux autorisations des opérations de concentrations que nous avons évoqué en partie 3 et dont les renseignements demandés ne permettent pas une analyse rigoureuse à même d'aider à la prise de décision.

219. Il est recommandé en conséquence de réviser les dispositions du dit décret exécutif et notamment son annexe 2 relatif au formulaire et ce, à l'effet de les mettre au niveau des dispositifs des autorités de la concurrence performante.

220. Cependant l'investissement dans l'analyse économique dans les enquêtes sur les concentrations nous paraît de plus en plus opportun eu égard à la complexité grandissante des dossiers de notifications de concentrations (exemple affaire SIEMENS/ALSTHOM) et à l'économie qu'on pourrait en tirer en évitant le recours éventuel à l'expertise externe.