

Non classifié

DAF/COMP/M(2015)1/ANN4/FINAL

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

12 Mai 2016

Français - Or. Anglais

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

**Compte rendu succinct : ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 123^e RÉUNION
DU COMITÉ DE LA CONCURRENCE TENUE DU 15 AU 19 JUIN 2015**

**Résumé des débats de l'audition relative à la mise en œuvre de la concurrence sur les marchés
oligopolistiques**

16-18 juin 2015

Paris, France

Le document ci-joint est une annexe au compte rendu succinct de la réunion tenue du 15 au 19 juin 2015. On trouvera d'autres documents sur le sujet à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/oligopoly-markets.htm.

JT03395869

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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

DAF/COMP/M(2015)1/ANN4/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

**Compte rendu succinct : ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 123^e RÉUNION DU
COMITÉ DE LA CONCURRENCE TENUE DU 15 AU 19 JUIN 2015**

Résumé des débats de l'audition relative à la mise en œuvre de la concurrence sur les marchés oligopolistiques

16-18 juin 2015

Paris, France

Par le Secrétariat

1. Le président, le professeur Frédéric Jenny, ouvre la discussion sur la mise en œuvre de la concurrence sur les marchés oligopolistiques en faisant observer que cette question n'a pas figuré à l'ordre du jour du Comité de la concurrence depuis un moment déjà. Le président note que la réunion, conçue initialement comme une audition sur les oligopoles, a suscité un nombre étonnamment élevé de contributions (17), ce qui témoigne du grand intérêt porté à cet aspect délicat du droit de la concurrence.

2. Le président rappelle que les problèmes de concurrence qui surviennent sur les marchés oligopolistiques peuvent être traités par différents moyens dont tous les pays ne disposent pas. Certains pays ont adopté des dispositions particulières à cet égard mais il semble qu'elles ne soient pas toujours pleinement efficaces. D'autres pays pourraient recourir à des instruments comme la notion d'abus de position dominante collective, mais le font rarement dans la pratique. De nombreux pays estiment que les études de marché sont très précieuses pour améliorer la connaissance des oligopoles. On peut également traiter les structures oligopolistiques dans le cadre du contrôle des fusions mais la complexité technique des dispositifs parfois nécessaires peut rendre leur utilisation difficile.

3. Le président souhaite la bienvenue à trois spécialistes : le professeur Louis Kaplow (Université Harvard) ; le professeur Nicolas Petit (Université de Liège) et M. Jorge Padilla (Compass Lexecon).

4. Le président explique que la réunion sera structurée en cinq parties : premièrement, un exposé du problème des oligopoles et des difficultés inhérentes à l'approche actuellement utilisée pour le traiter ; deuxièmement, un examen des dispositions particulières applicables aux situations d'oligopole dans certains pays ; troisièmement, une réflexion sur la notion de position dominante collective, ou de monopole collectif, et sur la possibilité de lui donner une interprétation plus large ; quatrièmement, un examen des autres dispositifs existants, notamment des études et enquêtes de marché ; et cinquièmement, une analyse des effets coordonnés dans le cadre du contrôle des fusions et des difficultés rencontrées dans ce domaine. Le président ajoute que les réussites et les difficultés en matière de mise en œuvre seront abordées en fin de réunion s'il reste du temps.

1. Exposé de la situation – Le problème des oligopoles

5. Le président invite la délégation de l'UE à amorcer la discussion. Un délégué de l'Union européenne présente la situation en donnant un exemple du fonctionnement de la concurrence parfaite, qui est différent de celui des marchés oligopolistiques. Dans un oligopole, chacun des vendeurs, dont le nombre est limité, peut – jusqu'à un certain point – influencer le prix du marché. Le délégué s'appuie sur un équilibre statique/un jeu non répété, mais aussi sur un modèle de jeu dynamique dans lequel le comportement adopté aujourd'hui peut influencer les périodes futures. Le délégué de l'UE montre aussi comment un jeu répété peut aboutir à la collusion.

6. C'est lors de l'affaire *Airtours* que l'UE s'est tournée vers les instruments de la théorie des jeux pour mettre en œuvre les règles de concurrence. Ces instruments sont maintenant intégrés aux lignes directrices de l'Union européenne sur les fusions horizontales. Les conditions élaborées par les tribunaux européens dans l'affaire *Airtours* traitent le « problème d'oligopole » que les acteurs du marché doivent résoudre afin de coordonner leur comportement et relever les prix au-dessus du niveau de l'équilibre statique. Les lignes directrices de l'UE sur les fusions horizontales réunissent ces conditions sous les intitulés suivants : entente sur les modalités de la coordination, contrôle des comportements déviants, mécanismes de dissuasion et réaction des « outsiders ».

7. L'analyse économique ne précise toutefois pas quels comportements devraient être considérés comme licites ou illicites. Dans certains marchés (où le nombre de vendeurs est très limité et où les produits sont homogènes), les oligopoleurs peuvent porter les prix à des niveaux très élevés sans communiquer entre eux. Dans d'autres, l'échange d'informations est nécessaire pour provoquer une hausse de prix comparable. Le droit de la concurrence semble établir une distinction entre les deux situations et donne à entendre que la première est licite et que la deuxième ne l'est pas. Le délégué de l'UE conclut en faisant observer que le bien-fondé de cette distinction suscite de nombreux débats.

8. Le président invite M. Kaplow à s'exprimer sur les questions évoquées par le délégué de l'UE : est-il justifié que le droit de la concurrence fasse une distinction entre collusion explicite et collusion tacite ? Est-ce une erreur de mettre l'accent sur la communication entre les entreprises ? Dans l'affirmative, comment structurer une autre approche ?

9. M. Kaplow décrit les difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence pour mettre en œuvre le droit de la concurrence sur les marchés oligopolistiques, et notamment lorsqu'il y a tout lieu de penser qu'il y a eu une augmentation concertée des prix, mais que l'on ignore comment les participants du marché s'y sont pris.

10. Le régulateur peut réagir de trois manières à ces situations délicates. Premièrement, en estimant que ce phénomène ne crée aucune responsabilité, en dépit du mauvais résultat économique. Deuxièmement, qu'il engendre une responsabilité s'il y a une preuve suffisante que les prix sont fixés de manière coordonnée, et non de manière indépendante et concurrentielle. Troisièmement, qu'il engendre une responsabilité au regard du droit de la concurrence seulement lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : certains éléments tendent à démontrer qu'il y a eu une augmentation concertée des prix dans le cadre de l'oligopole et il y a eu une forme particulière de communication. M. Kaplow explique que cette troisième condition ressemble beaucoup à l'approche conventionnelle fondée sur la communication entre les parties, qui de son point de vue n'est pas satisfaisante parce qu'elle exige que les autorités de la concurrence prouvent un acte qui est sans rapport avec le résultat économique.

11. M. Kaplow propose pour sa part une approche « directe » de la détection et de la sanction. Il affirme qu'un bon critère de détection d'une augmentation anticoncurrentielle des prix est le degré d'incitation à la coordination qui caractérise les conditions du marché. Cette approche repose sur l'hypothèse selon laquelle il existe une preuve économique de la coordination entre les membres de l'oligopole afin d'augmenter les prix. La question est de savoir comment procéder pour attribuer la responsabilité aux membres de l'oligopole dans différentes situations où le degré d'incitation à la coordination est variable, et peut être très faible comme très élevé. Lorsque les conditions du marché n'incitent pas du tout à la coordination, on peut conclure, suivant l'approche directe, que les parties n'ont pas agi de manière coordonnée. Il serait donc logique de les exonérer de leur responsabilité. Lorsque l'incitation à la collusion est plus forte, plus grande est la probabilité que les entreprises aient effectivement décidé d'augmenter les prix de manière coordonnée. L'augmentation des prix serait alors considérée comme illicite.

12. M. Kaplow oppose cette approche à celle qui est fondée sur la communication. Selon lui, lorsque l'incitation à la collusion est forte au point qu'il est très facile d'adopter un comportement coordonné, l'approche fondée sur la communication ne conduit plus à l'établissement de la responsabilité. En effet, les entreprises n'ont pas besoin de communiquer et ne pourraient donc pas être accusées d'avoir enfreint le droit de la concurrence. Ce degré d'incitation à la collusion correspond par conséquent à un espace « paradoxal », dans la mesure où la responsabilité des entreprises n'est pas engagée parce que celles-ci n'ont pas besoin de se livrer à des pratiques interdites telles que l'échange d'informations. Lorsque l'incitation est forte à ce point, l'approche directe établit la responsabilité des entreprises alors que celle qui est fondée sur la communication les exonère de toute responsabilité.

13. M. Kaplow propose donc de modifier les conditions d'attribution de la responsabilité pour atteinte au droit de la concurrence. Au lieu d'axer l'attention sur les communications interdites lorsque la responsabilité est établie à partir de déductions, il faudrait interdire explicitement les communications lorsque l'incitation à la collusion est forte. C'est dans ces situations que le risque est le plus élevé et que le préjudice augmente de façon disproportionnée.

14. Le président remercie M. Kaplow pour sa proposition et demande au BIAC d'expliquer son point de vue, puisque sa contribution écrite suggère une approche très différente de celle de M. Kaplow.

15. Le BIAC souligne que l'oligopole est préoccupant seulement lorsqu'il y a un problème de concurrence. Une structure d'oligopole ne constitue pas en soi une condition suffisante pour démontrer l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. Sur certains marchés très concurrentiels, il n'y a que deux ou trois acteurs. Dans la plupart des cas, on ne peut donc pas prédire les résultats en s'intéressant seulement à la structure du marché. Le BIAC souligne que l'analyse de la concurrence devrait toujours primer celle de la structure du marché.

16. Selon le BIAC, il n'y a pas lieu de se préoccuper du seul fait que les entreprises présentes sur un marché oligopolistique adoptent un comportement parallèle et pratiquent des prix supra-concurrentiels. Citant le professeur Whish, le BIAC fait observer qu'il serait absurde d'empêcher les entreprises d'adopter un comportement parallèle lorsque cela est rationnel compte tenu des conditions du marché sur lequel elles exercent leurs activités. S'il y a une preuve de comportement anticoncurrentiel, que ce soit sur un marché oligopolistique ou sur un autre marché, les autorités de la concurrence disposent d'instruments de mise en œuvre. Le BIAC mentionne qu'il n'existe pas de faille grave de mise en œuvre, ou tout au moins de faille qui a entraîné un préjudice considérable. Les dispositifs de mise en œuvre utilisés sont suffisants et produisent l'effet dissuasif recherché.

17. M. Kaplow répond qu'effectivement, des pratiques tarifaires supra-concurrentielles correspondent parfois à un comportement conforme à la concurrence. S'agissant du comportement rationnel, il note que dans bien des cas, il peut être irrationnel de respecter la loi sauf si cela risque d'entraîner une sanction. La notion de comportement rationnel comme moyen de défense en droit de la concurrence est donc erronée.

18. Un délégué des États-Unis demande à M. Kaplow de donner un exemple, à partir de son modèle, du comportement qu'il faudrait recommander aux membres d'un oligopole. M. Kaplow répond qu'il faudrait leur conseiller de pratiquer des tarifs concurrentiels. Il souligne que ces acteurs économiques savent ce qu'est un comportement oligopolistique.

2. Pays ayant adopté des dispositions particulières concernant les oligopoles

19. Le président demande à la délégation du Japon de décrire l'expérience de ce pays eu égard à une disposition particulière destinée à traiter les « augmentations de prix simultanées » et d'indiquer dans quelle mesure cette disposition a permis d'empêcher les pratiques tarifaires oligopolistiques. Le Japon précise qu'une disposition particulière concernant les augmentations de prix simultanées a été ajoutée à la Loi antimonopole dans les années 70, après la crise du pétrole, mais qu'elle a été supprimée en 2005. Cette disposition visait initialement à atténuer les difficultés liées à la détection des ententes entre entreprises en cas de parallélisme de prix.

20. La disposition (supprimée) exigeait que les entreprises justifient les augmentations de prix parallèles, à savoir les augmentations de montant ou de pourcentage similaires pratiquées par les entreprises membres d'un oligopole sur une période de trois mois. L'objet principal de cette mesure était de dissuader et empêcher les entreprises de recourir à cette pratique.

21. Cette disposition a ensuite été abrogée pour plusieurs raisons. Premièrement, du fait de l'évolution de la situation économique dans les années 90, le nombre de signalements fondés sur cette disposition avait diminué. Deuxièmement, la JFTC avait l'impression que ses effets dissuasifs étaient limités. Troisièmement, le dispositif alourdissait la charge de travail des entreprises et de la JFTC elle-même.

22. Le président demande ensuite à la Corée de présenter la disposition de la législation coréenne sur la concurrence qui autorise la *Korea Fair Trade Commission* (KFTC) à présumer l'existence d'une entente lorsque certaines conditions sont réunies. La délégation coréenne explique que selon la Loi coréenne sur la réglementation des monopoles et la loyauté dans le commerce, on présume qu'il y a eu une entente lorsqu'il existe une probabilité raisonnable que les entreprises aient adopté collectivement des pratiques concertées interdites. Pour réaliser cette appréciation, il faut prendre en compte des éléments comme les caractéristiques des biens ou services, l'effet de l'acte considéré et la fréquence et la forme des contacts intervenus entre les entreprises. La présomption d'entente vise à alléger la charge de la preuve pour l'autorité de la concurrence. Le délégué de la Corée souligne que cette mesure s'est jusqu'ici révélée utile. Toutefois, les tribunaux ont rejeté son applicabilité à certaines affaires d'entente dans lesquelles le comportement des entreprises était affecté par la réglementation ou d'autres actes des organismes publics.

23. Le président remercie la délégation coréenne et conclut ce volet de l'audition.

3. Position dominante ou monopole collectif

24. Le président invite M. Petit à examiner le concept de position dominante collective et son utilisation dans le cadre des oligopoles.

25. M. Petit commence par expliquer le problème dit de l'« angle mort du contrôle des fusions ». Il estime que la mise en œuvre de la concurrence dans les marchés oligopolistiques repose principalement sur une approche *ex ante*, par le biais du contrôle des fusions. Cette approche est complétée, à la marge, par des dispositions comme l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui pourrait servir à traiter les pratiques de facilitation. Toutefois, la procédure de contrôle des fusions n'est engagée qu'en cas de fusion. En l'absence de cet élément déclencheur, les effets coordonnés anticoncurrentiels qui se produisent dans des oligopoles stables peuvent passer inaperçus. Les acteurs présents sur un marché oligopolistique refusent souvent de fusionner car ils savent que cela attirerait l'attention de l'autorité de la concurrence et que leur projet risquerait d'être interdit.

26. À partir de ces considérations, M. Petit propose de redéfinir la théorie de l'abus de position dominante collective pour permettre aux autorités de traiter la collusion tacite. Il s'appuie sur un scénario de collusion tacite dans lequel le droit de la concurrence n'a pas pu s'appliquer et où les parties n'ont pas fusionné, et imagine que l'équilibre du marché a été perturbé par un choc externe, par exemple une nouvelle taxe ou l'arrivée de nouveaux acteurs, qui exigent des réactions rapides de la part des oligopoleurs. Après un choc, les oligopoleurs choisissent entre de nombreuses nouvelles options tarifaires. Ils réussissent parfois à éviter les communications ou d'autres pratiques qui relèveraient du droit de la concurrence. M. Petit affirme que l'on pourrait considérer comme des pratiques illicites d'abus de position dominante collective ou de monopole partagé les stratégies employées par les oligopoleurs en cas de perturbation, et consistant par exemple à fixer de nouveaux prix de manière concertée et à atténuer les effets proconcurrentiels. Par exemple, les stratégies de communication unilatérale pourraient relever des dispositions relatives à ces pratiques. Cette théorie de la responsabilité reposerait principalement sur les éléments de preuve suivants : (i) existence préalable d'un certain degré de collusion ; (ii) perturbation de l'équilibre du marché ; (iii) stratégie de modification des prix ; et (iv) retour vraisemblable à l'équilibre collusoire après la perturbation.

27. M. Petit examine les avantages et les inconvénients de cette approche et convient qu'elle peut donner lieu à des erreurs parce qu'elle est appliquée seulement en cas de rupture de l'équilibre. Sous cet angle, elle s'apparente au contrôle des fusions. L'un des avantages qu'il y a à utiliser, dans le cadre de l'UE, les dispositions relatives à l'abus de position dominante collective plutôt que celles du droit de la concurrence est qu'il est difficile de prouver l'existence d'une entente en vertu de l'article 101 du TFUE. À l'inverse, la jurisprudence sur l'abus de position dominante collective est plus généreuse, compte tenu du fait que la définition de la position dominante collective n'est peut-être pas très précise.

28. M. Petit conclut en faisant observer que son approche n'est pas centrée sur la collusion mais sur la rupture d'un équilibre et sur les stratégies tarifaires adoptées par les oligopoleurs en réaction à cette rupture. Selon cette théorie, il faudrait apporter la preuve qu'il y avait collusion tacite avant la rupture de l'équilibre, et cela déclencherait l'application de l'article 102 du TFUE.

29. Le président remercie M. Petit pour ses observations et demande à la délégation de l'Union européenne si, dans le cadre décrit par ce dernier, le champ d'application de la position dominante collective est plus étendu. La délégation de l'UE répond que l'application de la position dominante collective ne doit pas devenir trop étendue et qu'elle se réserve la possibilité de s'exprimer sur cette question à un stade ultérieur de la réunion.

30. Le président demande ensuite au Taipei chinois de relater son expérience en matière de position dominante collective et d'expliquer les modifications apportées à la Loi sur la concurrence sur ce point.

31. Le Taipei chinois explique que la définition d'entreprise monopolistique établie dans la Loi couvre également la situation dans laquelle deux ou plusieurs entreprises occupent une position dominante. La Loi définit comme dominantes deux entreprises qui détiennent une part de marché commune représentant au moins les deux tiers du marché. Trois entreprises sont considérées comme dominantes lorsque leurs parts de marché combinées représentent au moins les trois quarts du marché. La délégation précise que les tribunaux administratifs ont entériné la plupart des décisions de l'autorité de la concurrence concernant les actions concertées.

32. Quelques affaires ont toutefois été contestées par les tribunaux. La délégation cite l'exemple d'une augmentation concertée des prix pratiquée par trois grands fabricants de papier, en 2009-10. Le tribunal a estimé que l'autorité de la concurrence n'avait pas recueilli suffisamment de preuves des échanges d'informations intervenus entre les fabricants de papier. De plus, les dates et les pourcentages d'augmentation des prix n'étaient pas les mêmes et tous les prévenus subissaient les effets des augmentations de prix. Cette affaire est toujours en instance. La délégation observe qu'aux termes de la nouvelle législation modifiée en 2015 afin de prévoir l'utilisation de preuves circonstanciées en cas de concertation, l'autorité de la concurrence devrait être mieux armée pour traiter les affaires futures. Le président remercie la délégation du Taipei chinois.

4. Pays dotés d'autres dispositifs pour traiter les oligopoles

33. Suit une discussion sur les autres dispositifs utilisés par les autorités de la concurrence pour régler les problèmes de concurrence qui se posent sur les marchés oligopolistiques. Le président invite la délégation allemande à examiner l'utilisation d'enquêtes sectorielles par l'autorité de la concurrence (le *Bundeskartellamt*).

34. L'Allemagne note que les enquêtes sectorielles sont un instrument complémentaire utile mais ne remplacent pas l'application efficace du droit de la concurrence. Le *Bundeskartellamt* peut ouvrir une enquête sectorielle s'il y a des indices de problèmes de concurrence sur certains marchés. La plupart des enquêtes sectorielles portent sur des marchés oligopolistiques. Par contraste avec d'autres pays, comme le Royaume-Uni, il n'existe pas de rapport précis entre le résultat de l'enquête et la possibilité d'imposer des mesures correctives. Les actions de mise en œuvre doivent être décidées au cas par cas mais peuvent être justifiées par les résultats de l'enquête.

35. Les enquêtes sectorielles sont très utiles pour traiter les marchés oligopolistiques et le problème de la collusion tacite. La délégation allemande cite à cet égard deux exemples d'enquêtes sectorielles conduites par le *Bundeskartellamt*. Le premier concerne le secteur de l'asphalte, où il n'existe que quatre grands fabricants en Allemagne. L'enquête a permis de découvrir l'existence d'un réseau de coentreprises présentes sur tous les marchés régionaux. À l'issue de l'enquête, le *Bundeskartellamt* a engagé plusieurs procédures répressives afin de démanteler les coentreprises qui soulevaient les problèmes de concurrence les plus graves. Ces procédures qui en sont presque à leur terme montrent comment une enquête sectorielle peut contribuer à traiter les affaires de collusion tacite ou explicite sur le marché. L'autre exemple concerne le secteur du carburant, un marché souvent considéré comme propice à la collusion. L'enquête sectorielle était le seul moyen dont disposait le *Bundeskartellamt* pour réaliser un examen approfondi de ce marché. Comme dans la première affaire, le *Bundeskartellamt* a utilisé les résultats obtenus grâce à l'enquête sectorielle dans le cadre de ses actions de mise en œuvre. Par exemple, dans une affaire de fusion, il a soumis ces résultats devant le tribunal à l'appui de sa position.

36. L'Allemagne souligne pour terminer que la détection des équilibres de collusion est une tâche délicate. Il est très difficile de connaître le type d'équilibre qui existe sur le marché, ce qui soulève des doutes sur les théories qui font appel à la détection d'une tarification oligopolistique sur le marché. En présence d'un jeu dynamique, il est en effet malaisé de déterminer si un niveau de prix spécifique est vraiment un bon indice de collusion. Du point de vue de l'autorité chargée d'appliquer la loi, il paraît peu réaliste d'utiliser les résultats sur le marché comme mesures indirectes de la collusion explicite.

37. En réponse à la dernière observation de la délégation allemande, M. Kaplow souligne qu'il est possible de détecter une action coordonnée sur les prix de nature oligopolistique dans un sous-ensemble de cas, notamment s'il se produit sur le marché un déséquilibre comme ceux que mentionne M. Petit. Celui-ci ajoute que les parties possèdent parfois des documents internes révélateurs de l'existence d'une collusion tacite. Ce type de preuve est utile pour déterminer l'existence d'un équilibre dommageable sur le marché.

38. Le président note que ce type de preuve est accessible dans certains cas mais que cela n'est pas très courant. Il demande ensuite au Royaume-Uni d'expliquer en quoi les enquêtes de marché menées dans ce pays sont davantage qu'un complément de l'action de mise en œuvre.

39. Le Royaume-Uni explique que l'Autorité de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority* (CMA)) est autorisée à ouvrir une enquête sur un marché et à examiner globalement tous les aspects du comportement des entreprises et des consommateurs. L'enquête est fondée sur des preuves et comporte des auditions des parties concernées. La CMA peut intervenir si le marché présente des caractéristiques structurelles de nature à restreindre, entraver ou fausser la concurrence. L'enquête de marché est distincte de l'action de mise en œuvre

menée aux termes du droit de la concurrence, car elle n'est pas fondée sur un comportement illicite des entreprises même si elle met en lumière des effets défavorables sur la concurrence. Au terme d'une enquête sur un marché, la CMA peut imposer des mesures correctives structurelles ou comportementales ou formuler des recommandations au gouvernement pour traiter les problèmes de concurrence détectés.

40. Le Royaume-Uni fournit des exemples de la manière dont le problème de l'oligopole est traité au moyen des enquêtes de marché. L'un des prédécesseurs de la CMA, la Commission de la concurrence (*Competition Commission* (CC)), a étudié le marché du ciment, qui était très concentré. La CC a établi les caractéristiques structurelles du marché en question et mis au jour une coordination entre les trois principaux cimentiers. La CC a imposé des mesures correctrices structurelles et comportementales, notamment la cession d'une installation afin de créer un nouveau fabricant indépendant. On peut difficilement imaginer un autre moyen qui aurait permis de régler les problèmes qui affectaient ce marché. L'enquête a permis des interventions qui ont modifié l'équilibre qui existait auparavant sur le marché examiné.

41. Le deuxième exemple montre comment les enquêtes peuvent contribuer à traiter les cas d'équilibre « peu satisfaisant » sur les marchés où aucune entreprise n'est incitée à rompre l'équilibre. Une enquête sur le marché des « assurances de protection des paiements » (*payment protection insurance* (PPI)) a mis en lumière des bénéfices élevés, un faible pourcentage de demandes d'indemnités et une très faible concurrence par les prix. Ces assurances-crédit étaient habituellement vendues aux consommateurs au moment où ils souscrivaient un prêt personnel, immobilier, garanti ou lié à leur carte de crédit. La CC a estimé que les prix des PPI étaient élevés et que le choix offert était moindre que ce qu'il aurait été sur un marché fonctionnant efficacement. L'autorité de la concurrence a imposé un certain nombre de mesures correctives, notamment l'interdiction de vendre des PPI au point de vente des produits de crédit, l'interdiction des assurances à prime unique, et l'obligation d'informer les clients.

42. Le Royaume-Uni explique que dans un contexte plus large, les enquêtes de marché qui n'aboutissent pas à la détection de problèmes de concurrence contribuent à dissiper le doute. Par exemple, dans son enquête sur les supermarchés britanniques, la CC a décelé certains problèmes de concurrence mais dans l'ensemble, a pu en traiter la plupart en menant un examen détaillé du secteur. La CC a organisé plus de 80 auditions et reçu plus d'une centaine de documents soumis par des détaillants et plus de 600, par des associations de consommateurs et d'autres parties intéressées. C'est à partir d'une base solide qu'elle a pu écarter les problèmes de concurrence (ou, en d'autres termes, dissiper le doute).

43. Le président remercie la délégation du Royaume-Uni pour son intervention et invite le BIAC à s'exprimer sur l'utilité des enquêtes de marché.

44. Le BIAC souligne qu'il importe de distinguer entre les enquêtes menées lorsqu'il existe une preuve de comportement abusif et celles qui sont ouvertes simplement en raison des préoccupations soulevées par une structure de marché en particulier. Le BIAC approuve l'ouverture d'une enquête lorsqu'il existe une preuve de comportement abusif, comme cela semblait être le cas dans l'affaire des papeteries au Taipei chinois ou celle des fabricants de ciment au Royaume-Uni. Le BIAC s'oppose toutefois au recours régulier aux études de marché sans raison précise. Le BIAC souligne que le pouvoir d'imposer des mesures correctives à la suite d'une étude de marché devrait être conféré à une autorité de réglementation plutôt qu'à une autorité de la concurrence. Il ajoute que le milieu des affaires craint en particulier que l'autorité qui a effectué l'étude se sente tenue d'adopter certaines mesures, ne serait-ce que pour justifier le coût d'un long travail d'investigation. Le BIAC estime qu'en principe, il ne faudrait entreprendre une étude de marché que rarement, et dans des circonstances exceptionnelles.

45. Le président remercie le BIAC pour ses observations utiles. Il demande à la délégation américaine de décrire les activités des États-Unis dans le domaine de la défense de la concurrence et d'expliquer comment la disposition sur les pratiques de concurrence déloyale est utilisée dans le cadre des oligopoles.

46. Les États-Unis abordent la question de la défense de la concurrence en citant trois exemples. Dans une affaire, l'Autorité de la concurrence (la *Federal Trade Commission* (FTC)) a adressé plusieurs avis à la Commission fédérale de réglementation de l'énergie (la *Federal Energy Regulation Commission* (FERC)) sur la déréglementation du marché de l'électricité et sur les risques que comporterait le remplacement d'un monopole d'État par des entreprises privées en situation dominante et ayant davantage d'incitations à se concerter qu'à se concurrencer. La FTC a encouragé le régulateur à recourir le plus possible aux dispositifs structurels pour augmenter la concurrence. En particulier, la FTC a suggéré d'éviter les mesures correctives comportementales qui, de fait, forceraient les

entreprises présentes sur un marché à structure non concurrentielle à agir au détriment de leur intérêt économique. Dans une autre affaire, la FTC a émis à l'intention de l'organisme de protection de l'environnement un avis sur les émissions de gaz à effet de serre dans lequel elle l'encourageait à faire preuve de prudence en matière d'obligation de diffusion de différentes catégories d'informations sensibles, car cela peut faciliter la collusion. Enfin, la FTC formule des observations sur les projets de lois et de règlements des États. De nombreux États délivrent, par le biais de leur autorité de réglementation, une « attestation de besoin » (« *certificate of need* ») dans le secteur de la santé. Cela signifie que la construction de nouvelles installations ou les ajouts aux installations existantes ne sont possibles que si l'État estime que cela répond à un besoin réel de la collectivité. Dans les marchés hospitaliers concentrés, le comportement oligopolistique risque d'augmenter s'il est possible de restreindre l'entrée en utilisant ce type de réglementation.

47. La délégation des États-Unis note également que l'article 5 du *Federal Trade Commission Act* (FTCA) autorise la FTC à traiter certains comportements non couverts par le *Sherman Act* et le *Clayton Act* et de nature à porter préjudice à la concurrence et aux consommateurs, en particulier sur les marchés oligopolistiques, mais non seulement sur ces marchés. Par exemple, aux termes de cet article, la FTC peut s'attaquer aux pratiques unilatérales d'invitation à la collusion, qui ne relèvent pas du *Sherman Act* (ce texte exige l'établissement d'un accord). Les États-Unis concluent en précisant que le comportement anticoncurrentiel dans les marchés oligopolistiques peut être traité au moyen des dispositifs classiques prévus par le *Sherman Act* et non seulement au moyen des actions de défense de la concurrence et des dispositifs de l'article 5 du FTCA.

48. En réponse aux observations faites précédemment par le BIAC, l'Allemagne note qu'une enquête sectorielle comporte toujours un élément d'incertitude quant aux problèmes de concurrence susceptibles d'être mis au jour. En cas de preuves très solides de comportement anticoncurrentiel, l'autorité de la concurrence peut toujours engager une procédure de mise en œuvre. Il est vrai également que l'autorité de la concurrence qui effectue une enquête sectorielle subit une certaine pression pour l'obtention de résultats. Il lui appartient de résister à cette pression en l'absence de preuve d'un problème de concurrence.

49. Le président remercie les États-Unis et l'Allemagne pour leurs observations. Il fait remarquer que la discussion s'oriente vers une forme de consensus selon laquelle pourraient être ciblées les affaires qui comportent un élément perturbateur et dans lesquelles il existe des raisons de croire que les prix sont incompatibles avec une situation de concurrence sur le marché en question.

5. Effets coordonnés dans les affaires de fusion

50. Le président clôt la discussion sur les études de marché et les autres instruments utilisés pour traiter le problème de l'oligopole et invite M. Jorge Padilla à amorcer la discussion sur l'analyse des effets coordonnés dans le cadre du contrôle des fusions.

51. M. Padilla explique que la coordination tacite peut entraîner une augmentation des prix. Le contrôle des fusions est un instrument préventif qui peut servir à empêcher la coordination tacite sur les marchés oligopolistiques. M. Padilla mentionne les conditions énoncées dans les directives de l'UE permettant de conclure qu'une fusion engendre des effets coordonnés : i) une fusion engendre des effets coordonnés lorsqu'elle incite les entreprises à cesser de se concurrencer de manière dynamique en optimisant leurs bénéfices à court terme et en coordonnant tacitement leurs stratégies tarifaires et non tarifaires ; ii) une fusion rend la coordination tacite plus facile, plus stable ou plus efficace pour les entreprises qui se coordonnaient déjà auparavant, soit en rendant la coordination plus solide, soit en permettant aux entreprises d'atteindre des prix encore plus élevés.

52. Selon M. Padilla, une fusion risque d'accroître la probabilité d'action coordonnée si elle facilite la détection et les représailles, réduit les bénéfices d'une déviation et accroît les bénéfices de la coordination. Ces principes ont été pris en compte par les tribunaux européens, comme en témoignent les conditions utilisées pour juger l'affaire *Airtours*, selon lesquelles la probabilité de coordination est plus grande lorsque les entreprises sont semblables et que leurs incitations à recourir à la collusion sont par conséquent symétriques, lorsque la transparence est suffisante, qu'il existe un risque crédible de représailles en cas de déviation et que les bénéfices de la coordination sont importants. M. Padilla note que l'arrêt *Airtours* a également souligné qu'il ne suffit pas de vérifier si le marché incite à la coordination et qu'il faut également évaluer si la fusion modifie l'une des conditions précitées.

53. M. Padilla reconnaît qu'il est difficile d'apprécier toutes les conditions énumérées ci-dessus. Il croit toutefois à l'utilité d'évaluer les effets coordonnés des fusions parce que l'impact d'un comportement coordonné sur les prix et le bien-être des consommateurs est forcément plus important que celui d'une modification de comportement unilatéral. L'autre argument en faveur de l'examen des effets coordonnés des fusions est que la mise en œuvre *ex post* n'est guère efficace.

54. Pour l'avenir, M. Padilla propose d'appliquer un seuil peu élevé lorsque l'on évalue l'ampleur des effets unilatéraux. Si les théories reposant sur les effets coordonnés ne sont pas souvent appliquées, il semble logique d'évaluer plus rigoureusement les effets unilatéraux. De plus, comme l'a suggéré M. Kaplow, il faudrait accorder la priorité aux fusions réalisées sur les marchés très propices à la coordination et les marchés fortement concentrés sur lesquels les effets unilatéraux seront sans doute limités. En outre, les autorités de la concurrence devraient s'intéresser aux secteurs de produits homogènes, en particulier si les entreprises se concurrencent sur un seul aspect et si les transactions sont fréquentes. Les autorités devraient faire preuve d'une vigilance particulière sur les marchés ayant des antécédents de collusion explicite et sur ceux qui sont connus pour avoir pratiqué une tarification dynamique ou avoir été le théâtre de guerres des prix, parce que les fusions peuvent contribuer à éliminer les frictions qui ont suscité ces guerres de prix et aider les entreprises à coordonner leur comportement.

55. Le président remercie M. Padilla pour son exposé et invite le Portugal à faire part de son expérience des techniques quantitatives dans les affaires de fusion.

56. Le Portugal note que les deux affaires décrites dans sa contribution écrite devraient illustrer que les éléments de preuve isolés ne constituent qu'une partie du tableau. Dans la fusion BCP/BCI, des évaluations quantitatives ont été utilisées pour apprécier l'impact de la fusion sur l'incitation à recourir à la collusion. La comparaison des avantages de la collusion avant et après la fusion a montré que les entreprises avaient intérêt à recourir à la collusion du fait de la fusion. Cependant, cet examen ne dit rien sur la probabilité de collusion. L'accroissement des incitations à recourir à la collusion ne renforce pas nécessairement la probabilité de coordination.

57. Selon la délégation portugaise, il ne faut pas sous-estimer l'utilité de l'analyse quantitative car celle-ci peut faire apparaître la nécessité de mener des investigations plus poussées sur la possibilité que la fusion produise des effets coordonnés. Toutefois, il ne faut pas non plus la surestimer car ce n'est que l'un des éléments dont il faut tenir compte, les autres étant les caractéristiques du marché, la capacité de conclure un accord de coordination et la stabilité interne et externe des résultats de la coordination. En outre, l'autorité concernée doit évaluer si la fusion rend la coordination plus facile, plus stable et plus efficace.

58. Dans la fusion BCP/BCI, l'autorité de la concurrence a repéré certaines caractéristiques qui rendaient le marché plus vulnérable à la coordination. Elle a toutefois estimé qu'un dispositif de coordination nécessiterait la participation d'un des leaders du marché, et il se trouve que ceux-ci ne participaient pas à la fusion. L'analyse n'a pas permis de savoir si ces acteurs qui ne participaient pas à la fusion modifieraient leurs stratégies tarifaires, qui par le passé avaient été assez agressives sur certains marchés concernés. Par conséquent, la stabilité externe des résultats de la coordination n'était pas garantie. Même si les résultats de l'analyse quantitative montraient que la collusion consécutive à la fusion produirait des avantages supplémentaires substantiels, l'autorité de la concurrence a estimé que la théorie du préjudice reposant sur les effets coordonnés serait fragile car la fusion ne semblait pas avoir d'impact sur la capacité et la vraisemblance d'une coordination. La fusion a néanmoins été contestée en raison des craintes d'effets unilatéraux. Elle a ensuite été autorisée sous réserve de mesures correctives.

59. Le président remercie la délégation du Portugal et donne la parole à l'Australie.

60. La délégation australienne observe que si l'on excepte le cas extrême du monopole, il est difficile de convaincre un tribunal de l'existence probable d'un rapport entre l'accroissement de la concentration sur un marché et le comportement des entreprises. Dans la fusion Macquarie/AGL Energy, l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) a apporté des preuves semblant indiquer qu'après la fusion, le marché de l'électricité serait dominé par trois grands producteurs-détaillants verticalement intégrés. Les tribunaux ont toutefois estimé que l'ACCC ne fournissait pas de preuves suffisantes que la présence de trois grands producteurs-détaillants réduirait la concurrence sur le marché. La délégation australienne conclut que la modélisation économique de la concurrence sur le marché aurait peut-être fourni des indications sur le risque d'atteinte à la concurrence. On ignore toutefois dans quelle mesure le tribunal aurait pris en compte les prévisions des seuls modèles économiques.

61. M. Padilla se demande si le nombre relativement peu élevé d'affaires d'effets coordonnés dans le cadre du contrôle des fusions ne tiendrait pas aux difficultés de la modélisation. Les modèles et les données quantitatives utilisés pour prédire les effets coordonnés des fusions ne sont pas différents, en termes de complexité, de ceux qui servent à l'analyse des effets unilatéraux. Toutefois, la rareté des affaires d'effets coordonnés en Europe s'explique sans doute davantage par le fait qu'il est compliqué d'appliquer les mêmes conditions que dans l'affaire *Airtours*. Selon M. Padilla, il faudrait tenter de simplifier la mise en œuvre de la concurrence et d'utiliser la modélisation quantitative en complément des autres types d'analyses, comme pour les affaires d'effets unilatéraux.

62. L'Allemagne ajoute que dans les affaires d'effets coordonnés, les simulations peuvent seulement quantifier les incitations à la collusion qui existent sur le marché. Dans les affaires d'effets unilatéraux, elles peuvent donner des indications précises sur l'ampleur de l'augmentation de prix consécutive à la fusion. L'utilisation des techniques quantitatives dans les affaires d'effets coordonnés est donc plus compliquée.

63. Les États-Unis observent qu'en cas de fusion comportant un risque de comportement coordonné, l'autorité de la concurrence peut souvent s'en remettre aux documents produits dans le cadre des activités courantes des entreprises. Souvent, ces documents montrent que les entreprises tentent déjà de prendre en compte la réaction probable de leur concurrent et permettent de savoir si le concurrent est perçu comme un allié ou comme un franc-tireur. Ces réactions sont prévisibles sur un marché incitant déjà à l'action coordonnée. Les analyses quantitatives et qualitatives devraient alors se compléter.

64. En ce qui concerne les critères appliqués dans l'affaire *Airtours*, l'Italie ajoute que la charge de la preuve est trop lourde, ce qui explique qu'il n'y a guère de jurisprudence.

65. Le président demande au Chili de décrire les effets conjugués de nombreuses décisions rendues sur le marché de la distribution en gros de carburant en prenant l'exemple d'une affaire où l'autorité compétente a dans un premier temps engagé une poursuite pour entente et plusieurs années après, a interdit une fusion. La délégation du Chili explique qu'en 2004, le Procureur économique national (*Fiscalía Nacional Económica* (FNE)) a poursuivi des stations-service pour entente en s'appuyant sur des preuves de parallélisme de prix, de marges élevées et d'intégration verticale. Le tribunal de la concurrence (*Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (TLDC)) a cependant jugé ces preuves insuffisantes pour justifier une plainte pour entente. Huit ans plus tard, deux des entreprises concernées ont déposé une demande de fusion, mais le tribunal de la concurrence a interdit l'opération en se fondant sur le même type de preuves que dans l'affaire d'entente. La Cour suprême a toutefois annulé cette décision en affirmant que l'interdiction n'était pas proportionnée aux risques de coordination associés à la fusion. La Cour suprême a approuvé la transaction tout en reconnaissant les effets coordonnés de la fusion et a imposé des mesures correctives structurelles.

66. Le président souligne que des preuves qui n'avaient pas été jugées suffisantes pour établir un certain type de collusion avaient été jugées recevables dans le cadre d'une fusion.

67. M. Padilla partage l'opinion du président et ajoute que dans le cas de l'acquisition d'un franc-tireur, il serait peut-être plus facile de convaincre les tribunaux du risque d'effets coordonnés. Selon M. Padilla, les autorités de la concurrence devraient enquêter sur l'impact éventuel de la coordination et sur l'ampleur du risque de coordination au regard de l'équilibre qui existait avant la fusion. Il souligne qu'il ne faut pas voir les conditions appliquées dans l'affaire *Airtours* comme un obstacle. Les autorités de la concurrence ne devraient pas essayer de couvrir les quatre conditions séparément mais devraient plutôt utiliser une théorie du préjudice cohérente, étayée par des preuves, et pas nécessairement des modèles.

68. Le président clôt la réunion en observant que la discussion a été intéressante et a permis d'aborder de nombreuses questions analytiques. Il remercie les spécialistes pour leur éclairage, toutes les personnes qui ont participé à la discussion, ainsi que les délégués.