La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence

Incertitudes économiques et insécurité juridique

Frédéric Marty

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ei/333>

DOI : 10.4000/ei.333

ISSN : 2553-1891

Éditeur

Association Économie et Institutions

Édition imprimée

Date de publication : 30 octobre 2007

Pagination : 185-219

ISSN : 1775-2329

Référence électronique

Frédéric Marty, « La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence », *Économie et institutions* [En ligne], 10-11 | 2007, mis en ligne le 31 janvier 2013, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ei/333> ; DOI : 10.4000/ei.333

La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence: incertitudes économiques et insécurité juridique :

Frédéric MARTY¹

Les règles européennes de concurrence prévoient que les opérations de concentration de dimension communautaire fassent l'objet d'une notification préalable auprès de la Commission². Celle-ci peut accepter l'opération proposée, la refuser ou conditionner une éventuelle acceptation à la mise en œuvre de remèdes de la part des parties intéressées. Ceux-ci prennent la forme d'engagements comportementaux ou, plus fréquemment, de mesures structurelles, en d'autres termes des cessions d'éléments d'actif (Lévêque, 2006). La probabilité que les autorités de la concurrence prennent une mauvaise décision n'est pas identique en matière de sanctions de pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations. Si celle-ci devrait s'avérer relativement limitée en matière de répression des ententes ou des abus de position dominante, dans la mesure où l'on juge d'un dommage à la concurrence *ex post*, il n'en va pas de même dès lors où il s'agit d'estimer *ex ante* un risque pour la concurrence, en vue de le prévenir.

Ce faisant, la Commission fait face à deux types de risques. Un premier est de rejeter à tort un projet dont l'effet net ne serait pas anticoncurrentiel. Le second est d'accepter à tort une opération dont le bilan s'avèrera préjudiciable. Des décisions infondées (ou insuffisamment fondées) peuvent donner lieu à des annulations des décisions de la Commission devant le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE). Un tel cas de figure, caractéristique d'une réelle insécurité juridique pour les opérateurs (surtout si une décision initialement favorable est annulée après coup), s'est récemment produit à deux reprises. Dans les deux cas ce

¹ Chargé de Recherche CNRS, UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis, Chercheur affilié OFCE – Département Innovation et Concurrence, 250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne, frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

² En l'occurrence le règlement 139/2004 remplaçant l'ancien règlement 4064/89 et les règles directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales en regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JOCE n° C31 du 5 février 2004).

fut sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation de la Commission en matière d'évaluation des effets anticoncurrentiels des opérations soumises à son contrôle. En fait, l'un des principaux points d'achoppement tient à l'appréciation d'une éventuelle situation de position dominante collective dans laquelle pourraient se retrouver les acteurs du marché après la réalisation de la concentration (Marty, 2007). Ces deux décisions, relatives pour l'une à l'annulation d'une décision défavorable à la fusion de deux voyagistes britanniques, Airtours et First Choice³ et pour l'autre à l'annulation d'une décision favorable à la fusion entre deux acteurs de l'édition musicale, Sony et BMG⁴, ont mis en évidence les difficultés rencontrées par la Commission pour apprécier l'effet anticoncurrentiel potentiel de ce que les règles antitrust américaines nomment les effets coordonnés (FTC and US DoJ, 2006).

La dominance collective correspond à une configuration dans laquelle plusieurs entreprises, simultanément présentes sur un marché, détiennent conjointement une position dominante du fait de leurs prises en considération d'une situation d'interdépendance stratégique, laquelle peut les conduire à adopter des stratégies explicitement ou implicitement coordonnées (Maurice-Vignal, 2005). En effet, une opération de concentration peut avoir deux types de conséquences anticoncurrentielles. Les premières correspondent à la capacité de la nouvelle entité à tirer profit de son nouveau pouvoir de marché sans escompter de réaction de nature « coopérative » de la part des autres acteurs du marché. Il s'agit d'une situation de dominance individuelle, équivalente aux effets unilatéraux américains. Malgré les limites des évaluations de la dominance individuelle fondée sur l'examen des parts de marché avant la concentration, et ne prenant pas en compte l'inévitable ajustement des fonctions de réaction des concurrents (Farrell et Shapiro, 1990), il apparaît qu'elles posent bien moins de difficultés que la prise en considération des risques liés à la dominance collective. En effet, leur évaluation ne peut se fonder que sur des hypothèses quant au renforcement des incitations pesant sur les acteurs demeurant sur le marché à s'engager dans un schéma de collusion implicite et quant à la soutenabilité de ce dernier.

Notre propos, dans le cadre de cet article, est de mettre en évidence de quelle façon la notion de position dominante collective, de par les incertitudes théoriques qui la caractérisent, peut s'avérer

³ Aff T-342/99, TPICE, 6 juin 2002.

⁴ TPICE, arrêt du 13 juillet 2006. Notons que Bertelsmann a finalement cédé, en août 2008, les 50% qu'il détenait dans l'entité Sony-BMG à son partenaire japonais. En effet, malgré une nouvelle acceptation par la Commission européenne, le 3 octobre 2007, l'opération était à nouveau sous la menace d'un recours devant le TPICE.

préjudiciable en termes de sécurité juridique. Celle-ci pourrait se définir par l'intelligibilité de la règle de droit et la prévisibilité de son application (Chevallier, 2007). En d'autres termes, la sécurité juridique revient à « savoir » (connaître le droit en vigueur) et « prévoir ». Non seulement, la règle de droit doit être accessible et intelligible pour les agents économiques mais son application doit être en outre prévisible. Ces derniers doivent pouvoir anticiper la décision du juge, la façon dont ce dernier va appliquer les principes contenus dans la règle de droit. En effet, une décision de justice ne saurait être le fruit d'une application mécanique d'une règle de droit. Les énoncés juridiques ne prennent leur sens qu'au travers de l'interprétation qui en est donnée par le juge. La capacité des acteurs à anticiper la décision du juge peut alors être altérée par les incertitudes quant aux fondements économiques de la règle et à ses modalités d'interprétation.

En effet, le recours croissant à des raisonnements fondés sur l'analyse économique dans les règles de concurrence pose un double problème. Il s'agit, tout d'abord, de savoir si la règle économique sous-jacente est suffisamment claire et robuste pour que son application soit susceptible d'être parfaitement anticipée par les agents économiques et que celle-ci ne soit pas exposée à un risque d'annulation en appel. Il s'agit, ensuite, de prendre en considération le travail d'interprétation et la marge de discrétion du juge dans le cadre de l'application de la règle en elle-même. En effet, le droit de la concurrence ne saurait se concevoir comme une application mécanique des enseignements de la théorie économique ne serait-ce que dans la mesure où l'activation des règles par le juge implique des opérations de traduction et de production de significations par les destinataires des règles (Kirat et Marty, 2006).

A ce titre, l'incertitude intrinsèque sur les règles peut se doubler d'une insécurité liée à la façon dont les juges vont se saisir de celles-ci en situation. L'analyse économique ne saurait donc fournir une règle mécanique dont l'application déterminerait à coup sûr un résultat stable et unique sur lequel pourrait converger les anticipations des acteurs. Le rôle du juge est donc déterminant. Il peut considérer l'analyse économique comme un outil d'expertise parmi d'autres (Legal, 2003), y rechercher un argument d'autorité pour soutenir ses propres préjugés vis-à-vis d'interprétations concurrentes (Jamin, 2005) ou, dans la logique d'Oliver Holmes, étayer une décision dont les fondements sont à rechercher dans sa propre expérience. En effet, comme l'écrivait le juge Holmes dès la première page de *The Common Law* en 1881 : « La vie du droit n'a jamais été la logique mais l'expérience [...] Le droit incorpore le développement historique d'une nation sur plusieurs siècles, on ne

peut le traiter comme s'il ne contenait que des axiomes et des corolaires à l'instar d'un ouvrage de mathématique ». En d'autres termes, le droit doit se concevoir comme le produit des décisions de juges fondées sur les nécessités perçues du temps, sur les positions politiques et morales dominantes à un moment donné et sur les anticipations que forment ces derniers quant aux effets de leurs décisions. L'analyse des règles de droit en général, et du droit de la concurrence en particulier, ne peut dès lors se limiter à une évaluation de l'efficacité économique des règles en-elles mêmes mais doit passer par une analyse concrète de leur mise en œuvre dans les décisions de justice. Cependant, suivant à nouveau la position du juge Holmes (1881), il ne saurait s'agir de dégager des principes généraux ou une théorisation mais seulement de mettre en évidence des tendances et de tenter d'en proposer une explication.

Ce faisant, apprécier le degré de sécurité juridique fourni par des règles fondées sur les prescriptions de la science économique ne peut se faire pleinement qu'au travers de l'analyse des décisions des juridictions concurrentielles elles-mêmes de façon à saisir comment le juge interprète la règle en situation et l'adapte au cas d'espèce qui lui est soumis. En effet, la démarche d'économie institutionnelle du droit, que nous nous proposons de suivre dans cet article, reprend la logique des juristes réalistes américains (Bazzoli et Kirat, 2003), pour lesquels la décision du juge ne saurait être la résultante de l'application d'un quelconque algorithme, fondé sur une axiomatique de nature juridique ou économique, mais d'une adaptation aux nécessités perçues du temps et aux besoins et demandes du corps social (Treviño, 2007).

Pour ce faire, nous construisons notre propos à partir de l'exemple d'une décision du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie relative à un projet d'acquisition par l'un des *Big Four* du marché de l'audit (Deloitte) d'un cabinet de second rang (BDO, Marque et Gendrot)⁵. S'attacher au secteur de l'audit est d'autant plus intéressant qu'il s'agit d'un domaine d'activité présentant, selon les critères dégagés par les autorités de concurrence européennes, toutes les caractéristiques susceptibles de favoriser l'émergence de collusions tacites. Il s'agit, en effet, d'un secteur hautement concentré et dont le nombre d'acteurs est en constante diminution. Par exemple les *Big Six* sont devenus, en 1998, les *Big Five* avec le rachat de Coopers & Lybrand par PriceWaterhouse, avant de devenir,

⁵ Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, n° 3 bis du 23 mars 2007, dossier C2006-91, Lettre du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie du 15 décembre 2006 au conseil de la société Deloitte, relative à une concentration dans les secteurs de l'audit, de l'expertise comptable et du conseil.

en 2002, les *Big Four* avec le rachat d'Andersen France par Ernst & Young. Cette vague de concentrations a donné lieu à de nombreuses décisions concurrentielles s'attachant à évaluer tant les effets unilatéraux que les effets coordonnés de ces opérations, que cela soit au niveau communautaire pour les deux opérations précédemment citées ou par les autorités françaises, à l'instar du rachat de Salustro Reydel (SRA) par KPMG en 2004. En outre, comme nous le verrons, les caractéristiques du secteur épousent à la quasi-perfection, l'ensemble des faisceaux d'indices dégagés par la jurisprudence de la Commission européenne pour considérer qu'une situation de collusion implicite a de fortes chances de se produire. En effet, parmi ces derniers figurent notamment un faible nombre d'acteurs sur le marché, une relative transparence des prix et des parts de marché respectives, l'homogénéité de l'offre, l'existence de liens multi-marchés (ou hors marché) entre les firmes, une possibilité de détection d'éventuelles déviations et de sanctions de celles-ci, l'existence de barrières à l'entrée significatives et d'une symétrie entre les principaux opérateurs (Combe, 2005).

Nous proposons donc de nous attacher aux enjeux induits par l'utilisation par les politiques de concurrence européennes de la notion de position dominante collective. Dans une première partie, nous caractérisons celle-ci non seulement du point de vue de la théorie économique mais aussi de la jurisprudence (1-1), avant d'illustrer l'activation de la notion au travers d'une décision relative à un projet de concentration entre deux cabinets d'audit comptable (1-2). Les limites et difficultés induites par les incertitudes attachées à la notion que cela soit sur le plan de la théorie économique (2-1) ou sur le plan juridique (2-2) font l'objet de notre seconde partie. Il s'agit ici de mettre en exergue l'impact des incertitudes rattachées à la théorie économique des effets coordonnés sur le degré de sécurité juridique dont peuvent bénéficier les acteurs du marché. Enfin, dans le cadre de notre section conclusive (2-3), nous développons quelques pistes de réflexions quant à la pratique décisionnelle du juge de la concurrence et au rôle de la théorie économique dans celle-ci.

1 – La notion de dominance collective : fondements théoriques et activation dans les décisions en matière de contrôle des concentrations

L'analyse des modalités d'activation dans les décisions de justice (ou par extension dans les décisions d'autorités administratives en charge de l'application d'une partie des règles de concurrence) de la notion de position dominante collective peut se faire au travers de l'exemple du cas de l'acquisition de BDO par Deloitte, examiné par la DGCCRF en mars 2007(1-2). Auparavant, nous présenterons les fondements de la notion tant au point de vue de la théorie micro-économique que de la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence européenne (1-1).

1- 1 – Fondements théoriques et traitement de la dominance collective dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations

- *Analyse économique de la dominance collective*

Une opération de concentration est susceptible d'avoir deux effets économiques antithétiques en termes de bien être collectif. Si elle peut, dans une certaine mesure, se traduire par des gains d'efficacité (Rainelli, 2006), elle n'en induit pas moins un accroissement du pouvoir de marché à disposition de la nouvelle entité. Ce dernier peut être à l'origine d'une perte de bien être global en permettant à la nouvelle entité d'élever son prix durablement et significativement au-delà de son coût marginal. Un tel pouvoir de marché se décompose en deux effets distincts. Le premier correspond à la notion de dominance individuelle, longtemps prédominante dans les analyses des autorités européennes. Celle-ci peut s'assimiler, peu ou prou, aux effets unilatéraux de l'antitrust américain (Bishop et Lofaro, 2004). Il s'agit de la capacité à élever ses prix (de façon faible mais significative et non transitoire) sans compter sur une réaction conciliante de ses concurrents. La position dominante collective, quant à elle, est le pendant européen de la notion d'effets coordonnés. Il s'agit d'une situation dans laquelle les firmes comprennent leur intérêt de ne pas se faire concurrence en prix.

Une grande partie des difficultés d'évaluation d'un renforcement du risque d'émergence d'une situation de dominance collective tient au fait que celle-ci peut apparaître sans que pour autant ne se crée ou ne se renforce de façon significative, une position de dominance individuelle. Par exemple, si un marché est partagé entre trois opérateurs avec une firme A détenant 25 %, une firme B contrôlant 25 % et une troisième firme C, 50 %, il apparaît

bien qu'une fusion entre B et C va induire des effets anticoncurrentiels bien différents qu'un rapprochement entre A et B. En d'autres termes, une fusion entre B et C va induire une situation de dominance individuelle. A l'inverse, un marché structuré autour de deux entités de poids égal risque de favoriser l'émergence d'un équilibre collusif.

La désignation de ces effets comme coordonnés vient du fait que la hausse des prix ne provient pas d'une décision unilatérale d'une firme isolée maximisant son propre profit mais procède de la compréhension par une ensemble de firmes que la fixation des prix à un certain niveau permet de maximiser leur profit joint⁶. En adoptant des comportements parallèles, elles renoncent à maximiser leur profit individuel à court terme. Les opérateurs du marché réalisent de fait un arbitrage inter-temporel, entre les gains liés aux processus de concurrence et les profits futurs liés à l'équilibre collusif⁷. En diminuant le nombre d'acteurs sur un marché donné, la concentration peut favoriser une collusion entre ces derniers. Une telle issue peut s'avérer d'autant plus probable qu'une approche en termes de jeux répétés met en évidence le fait qu'un tel équilibre collusif, de type « non agression » peut émerger dans le cadre de stratégies non coopératives (Combe, 2005). Cependant, celui-ci est éminemment instable dans la mesure où chaque membre de la collusion a individuellement intérêt à trahir. Ce faisant, la collusion ne peut durablement reposer que sur un mécanisme garantissant la crédibilité des promesses mutuelles et des éventuelles mesures de rétorsion en cas de déviation (Kühn, 2002).

Ainsi, il est possible de dégager quatre conditions pour qu'un équilibre de dominance collective puisse se dégager (Petit, 2007). La première est que les firmes puissent accéder à une compréhension mutuelle des termes de la coordination et de leur intérêt à adopter une stratégie de nature coopérative. La deuxième tient à la possibilité de détecter rapidement les déviations (et de faire la part des choses entre les changements tenant à l'évolution du marché et ceux liés au changement de stratégie de l'une des firmes). La troisième tient à la

⁶ Une collusion explicite permettrait d'obtenir un prix supérieur à celui qu'il est possible d'atteindre par une seule coordination tacite. Elle peut aussi s'avérer plus efficace pour stabiliser une entente lorsque les participants sont nombreux ou que le marché est insuffisamment transparent.

⁷ De la même façon, des firmes de faible taille peuvent être tentées, après une opération de concentration sur le marché, de suivre des hausses de prix initiées par les opérateurs dominants, dans la mesure où cette attitude leur permet de reconstituer leurs marges et prévient d'éventuelles rétorsions. Cependant, ce parallélisme de comportement ne correspond pas à un effet coordonné, dans la mesure où les firmes dominantes fixent leurs prix de façon à maximiser leurs profits individuels et non le profit joint (Bishop et Lofaro, 2004).

possibilité de mettre en œuvre de façon crédible et suffisamment prompte un mécanisme de sanction des firmes déviantes. Enfin, la quatrième condition se rapporte à l'absence de contestation possible de l'équilibre collusif par les consommateurs, des concurrents potentiels ou par des firmes de la frange concurrentielle.

Un certain nombre de facteurs ont été dégagés par la théorie économique pour mettre en évidence des conditions favorables à l'émergence d'une telle collusion (Ivaldi et alii, 2003). Bien qu'il soit impossible, comme nous le verrons de pondérer les différents critères, trois catégories peuvent être distinguées. La première correspond à des facteurs qualifiés de déterminants quant aux capacités des firmes à s'engager dans une stratégie de collusion. Il s'agit de la présence de barrières à l'entrée, d'une forte fréquence des interactions entre les opérateurs⁸ et d'un faible degré de turbulence technologique. La deuxième catégorie de critères correspond aux conditions susceptibles de faciliter la collusion. Il s'agit du nombre de participants sur le marché (moins les opérateurs sont nombreux, plus il leur est facile de se coordonner), de leur relative symétrie en termes de parts de marché et de structures de coûts, d'éventuels liens entre ces derniers et de l'éventuelle disparition, du fait de la concentration considérée, d'une firme qui jouait précédemment le rôle de franc-tireur. Il s'agit, en l'espèce, d'une firme qui n'avait pas d'intérêt à aligner sa stratégie sur celles de ses concurrents (Backer, 2002). Enfin, il convient de considérer un troisième ensemble de facteurs lesquels rendent la collusion soutenable sur le long terme. Il est possible de compter, parmi ces derniers, le degré de transparence du marché, une faible différenciation des produits et certaines caractéristiques de la demande, telles une faible élasticité prix⁹ ou un faible pouvoir de marché des acheteurs.

- *La dominance collective dans les politiques de concurrence communautaires*

L'approche retenue par les autorités de la concurrence européennes pour détecter ou anticiper les situations de dominance collective repose directement sur les enseignements de la théorie

⁸ Il conviendrait aussi de prendre en considération la forme que revêtent les transactions – leur degré d'opacité (en cas de marchés négociés) rend plus difficile le maintien d'un équilibre collusif.

⁹ Une faible élasticité-prix de la demande favorise la stabilité de l'équilibre collusif dans la mesure où elle réduit d'autant les gains de court terme liés à une éventuelle déviation. Il va de même pour l'absence de surcapacités. Moins une firme dispose de capacités excédentaires moins elle serait capable de répondre à une hausse de la demande en cas de déviation.

microéconomique en matière d'identification des conditions dans lesquelles un tel équilibre peut émerger et se maintenir.

Pour la Commission européenne une situation de dominance collective est définie comme une configuration de marché dans laquelle certains opérateurs sont en mesure d'adopter une ligne d'action commune restrictive de concurrence indépendamment du comportement des consommateurs et des concurrents actuels (et / ou potentiels) et s'exposent à des représailles en cas de déviation vis-à-vis de cette ligne commune. Les premières utilisations de la notion en matière de contrôle des concentrations remontent à la fusion entre Varta et Bosch en 1991 et au rachat de Perrier par Nestlé en 1992. Dans ce dernier cas, les investigations avaient porté sur le risque de développement d'une dominance conjointe entre Nestlé et BSN (l'actuel Danone). Chacune des deux firmes détenait 40 % du marché. En outre, la symétrie des structures de coûts pouvait laisser craindre que ces dernières aient tout à gagner à adopter des stratégies parallèles. La concentration ne fut acceptée que moyennant des cessions d'actifs, en l'occurrence Volvic¹⁰. La notion de position dominante collective fut ensuite affinée au travers de son activation dans trois projets de concentration. Tout d'abord, dans le cadre de l'affaire Kali und Salz, la Commission a autorisé la concentration, malgré les craintes d'émergence d'une situation de dominance collective dans le secteur de la potasse¹¹, à la condition que la nouvelle entité rompe les liens structurels qui la reliait à son principal concurrent, le français SCPA, notamment au travers d'une joint-venture au Canada. Par contre, dans le cadre de deux affaires, Gencor / Lonrho et Airtours / First Choice, la Commission refusa les projets de concentration sur la base des risques d'émergence ou de consolidation d'une situation de position dominante collective. Si dans la première affaire, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE) confirma le refus de la

¹⁰ Il convient de relever que la politique des engagements structurels (les cessions d'actifs) est assez problématique dans les affaires de dominance collective. En effet, la cession d'un actif à concurrent n'a pas, loin s'en faut, le même effet que dans le cadre d'une dominance individuelle. Elle peut même renforcer la probabilité d'apparition d'un équilibre collusif si elle réduit les asymétries existantes entre les opérateurs. La seule solution serait de faire céder les actifs à un nouveau venu dans la branche (un *up-front buyer*). Il conviendrait alors de s'interroger sur les incitations que pourrait avoir ce dernier à s'engager directement dans des stratégies de franc-tireur face aux opérateurs installés de longue date. De pareilles interrogations peuvent de la même façon prévaloir quant à sa capacité à exercer une pression concurrentielle significative sur ces derniers.

¹¹ Le marché de la potasse présentait un certain nombre des caractéristiques favorables à l'émergence d'une dominance collective. En effet, il s'agissait d'un marché de *commodité* mature, caractérisé par un faible rythme d'innovation, par une forte homogénéité des offreurs, par une stabilité des parts de marché et par un fort degré de transparence des prix.

Commission d'un projet de fusion entre deux entreprises sud-africaines du secteur de la platine, dans le cas du projet de concentration entre les deux voyagistes britanniques, il annula la décision négative de celle-ci.

Airtours et First Choice étaient, à la veille de l'offre publique d'achat du premier sur le second, deux acteurs majeurs du marché britannique des vacances à forfait sur des destinations proches. Le regroupement des deux firmes était susceptible de conduire à une structure de marché dans laquelle le nouvel ensemble aurait détenu 32 % des parts, contre 27 % à Thomson, 20 % à Thomas Cook et seulement 21 % pour l'ensemble des firmes de la frange concurrentielle. Le risque d'une collusion tacite entre ces trois acteurs conduisit la Commission à s'opposer à la fusion en septembre 1999. Or, en juin 2002, le Tribunal de Première Instance annula la décision en considérant que si le secteur présentait bien certaines caractéristiques favorables à l'émergence d'une telle collusion, il n'en demeurerait pas moins que dans le cadre de son analyse économique la Commission avait commis des erreurs manifestes d'appréciation en ne tenant pas compte de facteurs susceptibles de contrarier un tel équilibre (Combe, 2005).

Tout d'abord, le marché n'est que très imparfaitement transparent. En effet, les offres sont relativement différenciées et la demande des consommateurs est caractérisée par une forte volatilité. Ensuite, si une logique collusive venait à se mettre en place, sa stabilité ne saurait être assurée dans la mesure où les caractéristiques du marché rendent difficile l'exercice de représailles. L'offre apparaît comme relativement rigide à un horizon de 18 mois, du fait des délais de réalisation des catalogues. Comme une éventuelle riposte des concurrents serait très longue à venir, les gains nets actualisés liés à la déviation seraient très importants pour la firme qui romprait l'accord. Enfin, une collusion entre les trois principaux opérateurs du marché pourrait être facilement contrecarrée par les consommateurs et les firmes de la frange concurrentielles.

Il convient de relever que si le TPICE a annulé la décision de la Commission sur la base d'erreurs manifestes d'appréciations tenant à des insuffisances dans son raisonnement économique, il n'en pas moins indirectement confirmé la possibilité de refuser un projet de concentration sur la base de la théorie économique de la collusion tacite. Le TPICE a, au travers de son arrêt, dégagé trois critères (transparence, possibilité de représailles entre les firmes coalisées et capacités de riposte des tiers) permettant de donner une règle de décision au juge et présentant *a priori* un net progrès par

rapport à l'approche initiale en termes de *check list*. Cependant, comme nous le verrons dans le cadre de notre seconde partie, l'un des points déterminants de l'annulation de la décision de la Commission par le TPICE tient au fait que la démonstration d'un intérêt commun aux firmes à s'engager dans une collusion tacite après l'opération de concentration ne suffit pas à fonder un refus. Il est nécessaire de montrer pourquoi ce qui est considéré comme rationnel a plus de chances d'advenir après l'opération. Il s'agit donc de montrer en quoi la nouvelle donne sur le marché serait susceptible de favoriser l'émergence d'un tel équilibre et d'en favoriser la stabilité. Il conviendra de s'interroger sur la capacité des différents tests fournis par la théorie économique à trancher cette question, après s'être attaché à l'application de ces critères en situation au travers du cas d'un projet de concentration dans le domaine de l'audit.

1 - 2 – Le cas des cabinets d'audit comme exemple d'activation de la notion de dominance collective par les autorités de la concurrence

Appréhender une telle notion, issue d'une longue construction jurisprudentielle, et pour le moins difficile à caractériser du point de vue économique, peut être facilitée par l'analyse d'une décision de justice. L'acceptation en décembre 2006 par le Ministre en charge de l'économie, des finances et de l'industrie d'un projet de concentration entre deux cabinets d'audit et d'expertise comptable fournit un cas particulièrement précieux d'analyse de la façon dont les autorités de la concurrence mobilisent en situation la notion de dominance collective. En effet, les caractéristiques propres au secteur ont conduit les autorités tant communautaires que nationales à se pencher à chaque vague de concentrations sur le risque d'émergence d'une position dominante collective. S'attacher à cette opération en date permet d'analyser à la fois la jurisprudence antérieure et le raisonnement économique mis en œuvre par les autorités concurrentielles. L'intérêt d'une analyse appliquée au marché de l'audit comptable et financier est en fait lié à trois caractéristiques. Il s'agit tout d'abord d'un marché fortement concentré (que cela soit au niveau national ou au niveau communautaire). Ensuite, nous disposons d'une jurisprudence concurrentielle remarquable du fait des opérations successives de concentration. Enfin, les caractéristiques du secteur épousent le portrait robot dégagé par la Commission des marchés dans lesquels une collusion tacite est susceptible de se développer.

- Le cas du marché de l'audit : les *Big Four* sont-elles dans une situation de dominance collective sur le marché français ?

La Société Deloitte France souhaitait se porter acquéreuse de 100 % du capital de la société JMF (Janny Marque Future), holding détenant le cabinet d'audit BDO, Marque et Gendrot (ci-après BDO). Du fait des chiffres d'affaires respectifs des deux groupes et de la dimension nationale de l'opération¹², le projet de concentration n'a pas été soumis au contrôle préalable de la Commission européenne mais à celui du ministre de l'Economie¹³. Deloitte est l'un des quatre acteurs majeurs sur les services d'audit et d'expertise comptable, aux côtés de PriceWaterhouseCoopers (PWC), Ernst and Young et KPMG. Potentiellement, l'acquisition d'une autre entreprise du secteur peut soit se solder par une création ou un renforcement d'un pouvoir de marché individuel, soit par une augmentation de la probabilité que les quatre firmes dominantes puissent mettre en œuvre des stratégies parallèles.

En effet, le (ou les) marché(s) de l'audit et de l'expertise comptable présente(nt) un certain nombre de particularités pouvant laisser craindre que toute nouvelle consolidation puisse porter préjudice à l'intensité de la lutte concurrentielle. Il convient tout d'abord de noter que les entreprises du secteur proposent plusieurs services très différenciés que la Commission européenne a clairement distingués comme autant de marchés pertinents dans de précédentes décisions¹⁴. Pas moins de six marchés sont en effet examinés séparément dans le cadre du contrôle des autorités de la concurrence. Par exemple, dans le seul domaine de l'audit, il convient de distinguer la situation de la concurrence en matière d'audit légal et d'audit contractuel. Dans le premier cas, il s'agit d'un audit et d'une certification *a posteriori* des comptes annuels des sociétés, imposés par la loi du 24 juillet 1867. A l'inverse, dans le cas de l'audit contractuel, les sociétés veulent se forger une opinion pour leur compte, indépendamment de toute contrainte légale. Cependant, la frontière entre audit, expertise comptable et missions de conseil devient très floue. Au sein même de l'audit légal, la situation des sociétés publiant des comptes consolidés est encore spécifique dans la mesure où la loi les oblige à faire certifier leurs comptes par au moins deux commissaires aux comptes appartenant à des cabinets différents. Face à une telle diversité, tant la Commission européenne

¹² Bien que Deloitte France soit membre du réseau Verein, Deloitte, Touche et Tohmatsu, association de droit suisse, elle constitue une entreprise pleinement indépendante et autonome.

¹³ Article L 430-3 et suivants du Code de Commerce, relatifs à la concentration.

¹⁴ Décisions M 1016 du 20 mai 1998 (Price Waterhouse / Coopers & Lybrand) et COMP / M 2816 du 5 septembre 2002 (Ernst & Young / Andersen France).

que les autorités internes de la concurrence¹⁵ ont distingué un marché spécifique de l'audit légal à destination des grandes entreprises et des sociétés cotées. Notre analyse portera ici sur ce seul segment. La spécificité du cas français tient au fait que les quatre acteurs majeurs du secteur concurrencés, certes à la marge, sur le marché des sociétés cotées par des cabinets de second rang, parmi lesquels on comptait initialement, Mazars & Guérard, Salustro-Reydel, Constantin, Grant Thornton International et BDO. Le principe de double commissariat aux comptes constitue l'un des leviers à partir desquels les entreprises de second rang peuvent maintenir une pression concurrentielle sur les quatre grands.

Il n'en demeure pas moins que les quatre cabinets majeurs détiennent une position de force sur les sociétés du CAC 40 (81 % des mandats fin 2006) et du SBF 120 (73 %). Cependant, le projet de concentration ne se fait pas entre des membres de ce premier cercle mais avec un compétiteur secondaire. Dès lors, il convient de mettre en évidence le fait que la position des *Big Four* n'apparaît pas comme autant hégémonique sur le SBF 250 (hors SBF 120) avec seulement 50,2 % des mandats. Si l'on vient à considérer l'ensemble des 1044 sociétés cotées sur la place de Paris, leurs parts cumulées ne représentent plus que 38,1 %. Bien que le marché pertinent considéré par les autorités de la concurrence recouvre en fait les activités d'audit légal¹⁶ à destination des entreprises cotées¹⁷, le périmètre du SBF 120 a été dégagé par la jurisprudence comme une approximation satisfaisante de la concurrence sur le marché de l'ensemble des sociétés cotées¹⁸. Il s'agit donc d'apprécier si l'opération de concentration projetée était susceptible de porter atteinte à la concurrence que cela soit par le biais de la création – ou

¹⁵ Décision ministérielle relative au rachat de Salustro Reydel et Associés (SRA) par KPMG, 19 novembre 2004.

¹⁶ Le marché de l'audit contractuel ne présente pas les mêmes risques d'émergence d'une position dominante individuelle dans la mesure où il s'avère bien plus fragmenté. De la même façon, une position de dominance collective prévaudra est d'autant plus difficilement que les services rendus sont moins homogènes, que les parts de marchés et les tarifs ne sont pas transparents, qu'il existe une concurrence réelle des cabinets de second rang et que les évolutions réglementaires récentes favorisent le développement de ces derniers. De telles évolutions, liées au renforcement des exigences posées par les lois de sécurité financière et par les codes de déontologie mis en place par la profession. Elles se traduisent notamment par l'imposition d'un délai de *viduité* de deux ans entre des missions de commissariat aux comptes et d'audit, susceptible de renforcer les parts de marché des cabinets de second rang.

¹⁷ En effet, pour l'ensemble des sociétés françaises, la part de marché du nouvel ensemble n'atteint pas les 5 %. Il convient de souligner que 70 % des prestations sont réalisés par des cabinets ne figurant pas parmi les dix premiers du secteur.

¹⁸ Une telle approximation a déjà été utilisée par la Commission dans le cadre de sa décision Ernst & Young / Andersen France.

d'un renforcement – d'une position dominante individuelle ou par celle d'une position dominante collective.

Appréciation de la dominance individuelle

Évaluée en termes de mandats de commissaires aux comptes, il apparaît que la position individuelle de Deloitte par rapport à ses trois concurrents majeurs ne serait pas significativement renforcée par la réalisation du projet de concentration. Le tableau *infra* donne les parts de marché de Deloitte face à celles de ses rivaux majeurs avant et après une éventuelle réalisation de l'opération de concentration.

	Deloitte (+BDO)	PWC	KPMG	Ernst & Young	Mazars ¹⁹
En nombre de mandats SBF 120	16,03 % (17,3 %)	14,35 %	17,3 %	23,62 %	11,39 %
En montants d'honoraires	21,69 % (21,8 %)	20,59 %	16,07 %	32,56 %	7,67 %

Il apparaît que l'adjonction de BDO à Deloitte n'est pas de nature à lui permettre de renforcer significativement sa position vis-à-vis de ses trois concurrents majeurs. Ainsi, le projet de concentration ne va sans doute pas susciter des *effets unilatéraux* significatifs susceptibles de fausser la concurrence.

Appréciation de la dominance collective

S'il apparaît que l'opération envisagée n'est pas susceptible de susciter une position dominante individuelle, il convient de s'attacher à son impact en termes de dominance collective. Comme nous l'avons vu, les dernières opérations de concentration dans le secteur ont conduit les autorités de la concurrence tant communautaires (1998 et 2002) que nationales (2004) à se demander si la réduction du nombre d'opérateurs sur le marché et les spécificités de celui-ci étaient susceptibles d'engendrer une telle situation. Dans sa décision de 1998, la Commission avait jugé qu'une coordination entre cinq firmes était encore bien trop complexe à mettre en œuvre. En 2002, le passage de cinq à quatre ne fut pas examiné sous l'angle du renforcement du risque de position dominante collective, dans la mesure où la *théorie de l'entreprise défaillante* fut appliquée²⁰. En effet, les difficultés d'Andersen

¹⁹ Il s'agit, comme nous le verrons, du cabinet de second rang le plus significatif.

²⁰ Pour une application de cette notion au contrôle des concentrations en droit interne, se reporter à l'avis 96-A-01 du 31 janvier 1996 du Conseil de la Concurrence relatif à

rendaient inexorables la réduction du nombre d'opérateurs de quatre à trois. La situation qui a prévalu pour l'examen du rachat de SRA par KPMG en 2004²¹ est par contre d'autant plus intéressante qu'elle correspond au même cas de figure que le projet de rachat de BDO par Deloitte. L'opération envisagée n'allait en effet pas se traduire par la disparition de l'un des *Big Four* mais par la disparition de l'un des acteurs de la frange concurrentielle lesquels sont considérés comme empêchant les premières citées à adopter une ligne de conduite commune.

La check-list établie par la Commission européenne

Il est en effet possible de craindre que du fait des spécificités du secteur une collusion puisse prévaloir entre les acteurs du marché. Tout d'abord, le marché est très concentré. En termes de mandats, les *Big Four* détiennent les quatre-cinquièmes des mandats des entreprises du CAC 40 et presque les trois-quarts de ceux du SBF 120. En termes de montants, les parts atteignent dans les deux cas les 91 %. Au-delà de la seule prise en compte des parts de marché cumulées, l'indice d'Hirschmann-Herfindhal (HHI) dépasse les 2000 points sur le CAC 40 (2001 si l'on considère les parts de marché exprimées en nombre de mandats et 2342 si l'on s'attache aux montants). S'il ne s'élève qu'à 1503 points en termes de nombres de mandats sur le SBF 120, il atteint 2296 points dès lors que l'on considère le montant des honoraires. Ainsi, nous nous situons incontestablement dans le cas d'un marché concentré. De la même façon, le fait que les parts de marché respectives des quatre grands s'échelonnent entre 14 et 23 % peut laisser craindre qu'une collusion puisse s'établir d'autant plus facilement que les acteurs sont relativement symétriques²².

D'autres indices peuvent aussi conduire à caractériser la structure de marché comme favorable à l'émergence d'un équilibre collusif. Tout d'abord, la répartition du marché entre ces quatre acteurs est significativement stable, alors qu'entre 2004 et 2006 plus de la moitié des mandats des sociétés membres du SBF 120 ont été renouvelés. En effet moins du quart des mandats a changé de mains. Ensuite, malgré l'introduction des nouvelles normes IFRS, il apparaît, au moins pour les *Big Four*, qu'aucune rupture « technologique » majeure ne pourrait bouleverser les positions

l'acquisition de la société de mécanique magnétique par la société Seiko-Seiki Belgium.

²¹ La décision, qui avait fait l'objet d'un recours du cabinet Fiducial, fut confirmée par le Conseil d'Etat, le 30 juin 2006.

²² Décision de la Commission européenne M 1383 Exxon/Mobil du 29 septembre 1999.

acquises. En outre, il apparaît que la tendance à la hausse des prix, à une relative polarisation de la demande des grands groupes (auprès des *Big Four* du fait de la complexification des prestations) conjuguée à une très faible élasticité de la demande aux prix ne favorisent la collusion. Face à de telles caractéristiques, les autorités de la concurrence considèrent que « ce marché est structurellement propice à l'apparition d'un oligopole collusif ».

La mise en œuvre des trois critères dégagés de la jurisprudence

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence communautaire, après l'affaire Airtours a permis de dégager trois critères cumulatifs permettant d'établir qu'une opération de concentration est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante collective. D'abord, le marché doit être suffisamment transparent pour que chaque firme puisse observer le comportement de ses concurrents. Ensuite, les firmes des dispositifs doivent pouvoir être mis en œuvre pour dissuader les firmes de leur ligne d'action commune. Enfin, il est nécessaire que les consommateurs ou les concurrents (actuels ou potentiels) ne puissent être en mesure de contrecarrer les effets de la coordination.

La transparence est le premier critère retenu par la Commission. Celle-ci favorise la persistance de l'équilibre collusif dans la mesure où elle permet d'observer la stratégie suivie par les concurrents, d'aligner aisément les lignes de conduite sur le marché, de détecter rapidement d'éventuelles déviations et donc de pouvoir précocement les sanctionner. Sur le marché de l'audit, la transparence est encore renforcée par la stabilité des parts de marché et la relative homogénéité des prestations proposées par les grands cabinets. Les modalités de fonctionnement du marché, notamment les modalités de mise en concurrence par les clients, peuvent cependant réduire la lisibilité du marché pour les firmes. Cependant, les autorités de la concurrence considèrent que ces spécificités ne sont pas de nature à suffire à mettre en cause l'observabilité du marché et des politiques tarifaires entre concurrents, du moins sur le segment de marché du CAC 40. En outre, la procédure du double commissariat aux comptes accroît les possibilités de surveillance réciproque entre les cabinets d'audit.

La possibilité de mettre en œuvre des représailles constitue le deuxième critère. En effet, les accords collusifs étant instables par nature, il est nécessaire que des mécanismes de sanction crédibles puissent être activés par les entreprises. Dans le cadre de l'affaire Airtours, le TPICE avait d'ailleurs annulé le refus de la Commission en arguant qu'il n'était possible de retenir une position dominante

collective lorsqu'il apparaît que l'exercice de rétorsions en cas de déviation s'avère très difficile. Dans le cas qui nous intéresse, l'accord peut porter soit sur les prix (les honoraires) soit sur les quantités (le nombre de mandats). Or, plusieurs facteurs peuvent aller à l'encontre de la mise en œuvre de rétorsions en cas de déviation. D'abord, les dates de renouvellement sont exogènes et décalées dans le temps. Les procédures de mise en concurrence peuvent varier d'un appel d'offres concurrentiel à des consultations restreintes selon les entreprises. La possibilité de recourir à des procédures négociées réduit les possibilités de contrôle réciproque. De la même façon, la durée même des mandats (six ans) rend plus difficile l'exercice de représailles en cas de déviation. Enfin, les cabinets de second rang, qui exercent une concurrence à la marge, n'ont aucune raison objective de suivre une telle ligne de conduite.

La prise en compte de la stratégie des acteurs de la frange concurrentielle conduit à examiner le troisième critère dégagé par la jurisprudence communautaire, à savoir la capacité des tiers à remettre en cause l'équilibre collusif. Si dans un marché oligopolistique, les acteurs les plus faibles peuvent craindre de déclencher une guerre des prix dont ils risqueraient d'être les premières victimes, il n'en demeure pas moins que certains membres de la frange concurrentielle (des *mavericks*) peuvent être incités à bousculer les positions acquises. De tels éléments perturbateurs sont définis comme « une firme qui, parce que ses objectifs, son histoire, sa fonction de coût ou sa gamme de produits sont différents, ne joue pas le jeu de la coordination » (Neven, 2003).

Le caractère critique du projet de concentration soumis à autorisation tient particulièrement au fait que celle-ci se traduirait par la disparition d'un des cabinets de second rang qui, selon les précédentes décisions des autorités de concurrence, sont les acteurs qui rendent particulièrement difficile l'établissement d'un équilibre collusif dans la branche. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la disparition d'un franc tireur (via son absorption) ne va pas renforcer la probabilité d'émergence d'un tel équilibre quand bien même les positions relatives des quatre grands sur le marché ne sont que très marginalement modifiées. En effet, pour ce qui est des grands cabinets d'audit, le nombre d'acteur demeure stable à quatre. Par contre, les cabinets de second rang passent de quatre à trois. Il s'agit donc de savoir si la réduction du nombre de compétiteurs de second rang va avoir des répercussions sur les incitations qui vont s'exercer sur les acteurs majeurs du marché. La démonstration des autorités de la concurrence s'est appuyée sur l'existence d'autres cabinets toujours en mesure de jouer un tel rôle de franc-tireur, en l'occurrence Mazars (13 mandats sur le CAC 40 et 14 autres sur le

SBF 120) et sur la possibilité d'une pression concurrentielle en provenance de cabinets de rang plus modeste, lesquels détiennent une trentaine de mandats sur le SBF 120. Ainsi, la décision rendue a été favorable sur la base des trois critères dégagés par les instances communautaires. La transparence du marché n'est pas considérée comme établie, la possibilité de mettre en œuvre des représailles n'est pas considérée comme démontrée et des concurrents peuvent toujours être en mesure de mettre en cause le *modus vivendi*.

II - La position dominante collective : une notion contestée au point de vue théorique et potentiellement porteuse d'insécurité juridique

Le cas du marché de l'audit tendrait à montrer que les critères dégagés par la jurisprudence communautaire constituent une boîte à outils efficace en matière de contrôle des projets de concentration dans des secteurs oligopolistiques. Cependant, l'annulation de la décision favorable à la fusion entre Sony et BMG par le TPICE en juillet 2006 témoigne de la persistance d'une insécurité juridique en la matière. Si le TPICE a annulé la décision de la Commission sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation, nous verrons, dans une première section de notre seconde partie, que de telles erreurs peuvent être liées aux incertitudes qui prévalent quant à l'analyse économique des effets coordonnés. Nous envisagerons, ensuite, dans une deuxième section, les formes que peuvent revêtir une telle insécurité juridique pour les opérateurs. Enfin, nous discuterons dans une troisième section de nature conclusive des enseignements qu'il est possible de tirer du cas de la position dominante collective quant à la place de la théorie économique dans les règles de droit et les décisions de justice.

II - 1 - Les critiques quant aux fondements théoriques de la notion de position dominante collective

- *Les incertitudes liées aux modèles économiques sous-jacents*

Nous avons vu dans notre première partie que la jurisprudence des autorités de la concurrence européennes s'appuie sur un certain nombre de principes issus de la théorie économique de la collusion (Sherer et Ross, 1990). La prise en compte de la possibilité de création ou de renforcement d'une position de dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations se heurte cependant à une double difficulté. D'une part, à l'inverse de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, il ne s'agit pas pour l'autorité de la concurrence de sanctionner *ex post* des stratégies effectivement mises en œuvre mais au contraire de prévenir *ex ante*

le développement de tels comportements. D'autre part, la position dominante collective est très difficile à saisir au point de vue économique.

En effet, deux ensembles de difficultés peuvent être mise en évidence. Tout d'abord, le recours à la notion de dominance collective est bien plus périlleux (en termes de risque de mauvaises décisions) en matière de contrôle *préalable* de projets de concentration que de sanction *ex post* d'ententes anticoncurrentielles (article 81 du Traité). Dans le premier cas, la tentation risque d'être grande, comme l'a montré le cas Airtour, de refuser un projet sur la seule base qu'une collusion tacite serait rationnelle pour les entreprises. Si la décision de l'autorité de la concurrence ne s'attache pas suffisamment à montrer en quoi l'opération projetée rend effectivement une telle collusion plus probable et plus viable, le risque de refuser à tort un projet ne posant pas de problèmes concurrentiels devient particulièrement élevé. Or, le fait que le risque d'erreur soit supérieur en matière de contrôle des concentrations qu'en matière de sanction des ententes anticoncurrentielles n'est pas contrebalancé, loin s'en faut, par les standards de la preuve exigés dans les deux cas (Neven, 2003). En effet, la décision de la Commission dans Airtours conduisait à un standard de la preuve extrêmement faible. Il suffisait de se situer dans un contexte d'interaction oligopolistique dans lequel il était *rationnel* pour les firmes de limiter l'intensité de leur lutte concurrentielle.

Ensuite, la notion de position dominante collective pose, au-delà des problèmes d'applicabilité (détection des pratiques parmi l'ensemble des interactions oligopolistiques) et des difficultés jurisprudentielles pour produire des tests incontestables, des problèmes liés aux limites prédictives de l'analyse économique (Petit, 2007). Il convient, en effet, de reconnaître que dans le cadre de marchés oligopolistiques, il est normal que les firmes s'ajustent intelligemment aux stratégies de leurs concurrentes. A ce titre, de tels phénomènes découleraient mécaniquement « de comportements individuels dictés par le marché et ses caractéristiques » (Vautherin, 2001). Ainsi deux types de critiques peuvent être adressés aux modèles d'effets coordonnés. Les premières tiennent au modèle de marché qui leur est sous-jacent. Les secondes à une insuffisance prise en compte de la question des effets de la concentration en elle-même sur la propension et la capacité à mettre en place de telles collusions.

Les fondements théoriques de la notion de position dominante collective reposent donc sur des modèles de marchés oligopolistiques, dus, selon l'expression consacrée dans la littérature,

à deux « *dead Frenchmen* », en l'occurrence Cournot et Bertrand (Kolasky, 2002). Qu'il s'agisse d'une concurrence en quantités ou d'une concurrence en prix, les deux modèles s'accordent à conclure que toute nouvelle concentration dans un marché oligopolistique a pour conséquence de renforcer la probabilité d'entente. Il s'agit au final d'une logique de type structuraliste conduisant à relier d'une part des indicateurs de concentration de type HHI aux ratios prix / coûts prévalant dans l'industrie. Une telle approche présente cependant au moins trois biais. D'abord, elle repose sur une approche en termes de structures de marchés et occulte l'ensemble des avancées liées à la contestation portée par l'Ecole de Chicago, tenant en premier lieu à la prise en compte des comportements des firmes (Encaoua et Guesnerie, 2006). Ensuite, il apparaît que la concurrence ne se joue pas seulement sur les seules variables du prix ou des quantités. La qualité des produits, leur différenciation et l'innovation produite par les firmes concurrentes ne sauraient que troubler un tel jeu. Enfin, il s'agit d'approches statiques. Les firmes réagissent à toute variation de leur environnement en révisant leurs stratégies. Il est en fait impossible de raisonner comme si les acteurs économiques ne modifiaient pas leurs fonctions de réponses après chaque événement et ne révisaient pas constamment leurs anticipations. De ce fait, comme le note Ridyard (2005), une transposition directe des conclusions des modèles théoriques dans des prédictions quant au comportement des firmes après la concentration a de fortes chances de conduire à des conclusions erronées.

- *Une analyse critique des tests communautaires*

Il n'en demeure pas moins que la notion de position dominante collective est fondée sur cette base théorique. Celle-ci est activée dans le cadre de la pratique concurrentielle communautaire au travers de deux outils, successivement élaborés pour rendre les procédures de décision lisibles et prévisibles par les acteurs économiques, à savoir, d'une part, la *check-list* et, d'autre part, les trois critères issus de la jurisprudence Airtours. Il s'agit donc ici de jauger ces derniers à l'aune de leur robustesse théorique.

- *La check-list de la Commission*

La *check-list* utilisée par la Commission Européenne, a fait l'objet de nombreuses contestations théoriques. Tout d'abord, il ne s'agit pas d'un barème. Chaque caractéristique doit être envisagée isolément sans pouvoir en dégager une quelconque note permettant d'indiquer une présomption de collusion. Il apparaît, ensuite, que la plupart de ses critères peuvent être interprétés alternativement dans

un sens ou dans un autre. Par exemple, l'existence de surcapacités productives peut tout aussi bien être interprétée comme une incitation individuelle à une déviation vis-à-vis d'une solution collusive ou comme un élément dissuasif dans la mesure où il conditionne la capacité des concurrents d'exercer des représailles, comme cela fut par exemple le cas aux Etats-Unis pour le cartel de la Lysine (Kolasky, 2002).

Il en est également ainsi de la réduction du nombre d'acteurs sur le marché. Par exemple, une réduction du nombre d'opérateurs sur un marché peut tout aussi bien être vue comme un facteur rendant plus difficile la collusion du moment où elle crée des asymétries entre les différentes entreprises (Compte et al., 2002). Un marché composé de trois acteurs dont les parts de marché sont équivalentes sera sans doute moins collusif si une concentration réduit le nombre d'acteurs à deux avec des parts de marchés respectives de 33 % et de 67 %. Cependant, si l'on admet que la sortie d'une firme d'une branche pourrait faciliter la collusion, il convient de distinguer entre la disparition de capacités de production et leur absorption par un autre acteur. Si une firme disparaît, il est possible que ses consommateurs se répartissent librement entre les différentes firmes restantes, ce qui va contribuer à déstabiliser une éventuelle collusion. Globalement, il est difficile d'établir un lien théorique entre le nombre de firmes dans une branche et l'intensité de la concurrence sur celle-ci (Kolasky, 2004). Même en matière de concentrations, il est difficile de déterminer à partir de quel nombre de firmes restantes sur le marché, une concentration va significativement augmenter la probabilité d'émergence d'un équilibre collusif stable (Bishop et Lofaro, 2004).

Se pose en outre la question du seuil à partir duquel la réduction du nombre de concurrents est réputée influencer sur la capacité des firmes restantes à s'engager dans des pratiques collusives. La position des autorités de la concurrence a souvent varié au fil des différents cas, comme nous l'avons pour le cas du marché de l'audit. Celles-ci ont progressivement admis la réduction de nombre d'opérateurs majeurs de six à quatre au niveau européen. Au niveau national, avec les acquisitions de SRA et de BDO, le nombre de cabinets de la frange concurrentielle est passé de cinq à trois sans que ceci ne soit considéré comme facilitant une collusion. Inversement, la jurisprudence de la Commission avant l'annulation de la décision Airtours allait dans le sens d'une sévérité croissante. Dans le projet de concentration Gencor / Lonrho, la Commission devait se prononcer sur un projet réduisant le nombre d'acteurs de trois à deux, avec une structure de marché dans laquelle les deux entités dominantes allaient détenir plus de 80 % de parts de marché.

Dans l'affaire Airtours, le nombre d'acteurs allait passer de quatre à trois. Enfin, dans le projet de fusion entre EMI et Time Warner, abandonné après le déclenchement de l'enquête de la Commission, le nombre d'acteurs allait passer de cinq à quatre avec une frange concurrentielle d'indépendants, dépassant 20 % de parts de marché cumulées. Quoiqu'il en soit le lien entre réduction du nombre d'opérateurs et facilité à s'entendre est pour le moins difficile à établir. En effet, la complexité de la structure informationnelle nécessaire à la constitution (ou au maintien) d'une collusion n'est pas obligatoirement significativement réduite par la disparition de l'un des acteurs (Kühn, 2002).

De la même façon, le traitement spécifique appliqué aux projets dans lesquels un opérateur dominant prend le contrôle d'une firme se comportant comme un franc tireur fait l'objet de contestations. Cette approche pourtant au centre de l'affaire Deloitte et du recours de la FTC contre le rachat de Dreyers par Nestlé aux Etats-Unis en 2002²³, est notamment mise en question sur la base de l'impossibilité de fonder empiriquement de telles caractéristiques (Sayyed et Tucker, 2006).

- *Le test du TPICE*

Une lecture mécanique de la check-list, fondée sur le contrôle successif de chaque condition était potentiellement porteuse d'une insécurité juridique du fait de l'absence de fondations théoriques suffisamment satisfaisantes. L'annulation de la décision Airtours par le TPICE a permis d'écarter le risque de voir des opérations refusées sur le seul fondement qu'il serait de l'intérêt bien compris des firmes de se coordonner sans apporter d'éléments montrant dans quelle mesure l'éventuellement concentration pouvait permettre d'atteindre un tel résultat. La Commission avait notamment considéré qu'il était inutile d'apporter la preuve d'une possibilité effective de sanction en cas de déviation du moment où il était évident pour les firmes, au vu de la situation d'interdépendance stratégique, qu'il était mutuellement profitable de s'engager dans une stratégie collusive. Cependant, les critères fournis par le TPICE ne garantissent pas pour autant une totale sécurité juridique, comme en atteste par exemple l'annulation en juillet 2006 de la décision de la Commission relative à la fusion entre Sony et BMG (Marty, 2007). Il convient, en effet, de ne pas considérer les trois critères « Airtours » (la

²³ La FTC contesta devant les tribunaux américains le projet de rachat de Dreyers, nouvel entrant sur le marché des crèmes glacées en 1999 par Nestlé dans la mesure où la disparition de la firme allait faire disparaître un acteur qui avait tout à gagner à bousculer les situations acquises.
Nestlé Holdings Inc., FTC File n°021-0174, June 25, 2003.

transparence du marché, la possibilité de représailles et l'existence d'acteurs susceptibles d'entraver l'exercice collectif du pouvoir de marché) de façon isolée et séquentielle mais, au contraire, de s'attacher à leurs interrelations (Spector, 2007).

Tant la transparence du marché que l'existence de possibilités de représailles, significatives et crédibles, sont des conditions indispensables au maintien d'un équilibre collusif. En effet, comme nous l'avons vu, si l'équilibre collusif est collectivement profitable pour l'ensemble des firmes (lesquelles forment un monopole à établissements multiples), il n'en demeure pas moins que l'intérêt individuel d'une firme impliquée dans la collusion est de dévier pour s'approprier l'intégralité du profit extra-concurrentiel. La collusion ne peut donc être maintenue que si et seulement si toute déviation est rapidement détectée et si les mesures de rétorsions que peuvent mettre en œuvre les autres membres conduisent la firme tentée de dévier à renoncer aux gains de court terme liés à la trahison face aux coûts actualisés d'une rupture de l'accord collusif (disparition du surprofit) et des pertes induites par les représailles.

Une telle logique ne peut prévaloir que si et seulement si les critères de transparences et de crédibilité des représailles sont satisfaits. Si nous reprenons l'exemple des cabinets d'audit, plusieurs facteurs peuvent affaiblir la stabilité de l'équilibre collusif. En matière de transparence tout d'abord, la sélection des cabinets par consultations restreintes ou par appels d'offres ne permet pas une parfaite lisibilité des stratégies de chacun. Même la procédure la plus transparente, celle des appels d'offres peut affaiblir le contrôle mutuel des entreprises impliquées dans la collusion. Etant donné que seule l'identité du vainqueur est connue, il est nécessaire que l'offre de services soit suffisamment homogène et que les attentes des différents clients soient assez proches et prévisibles pour qu'il soit possible de considérer que l'attribution se soit faite sur le seul critère du prix. Dans le cas inverse, il est impossible de savoir si le vainqueur de la consultation a effectivement respecté l'accord collusif.

Le même problème se pose pour l'exercice des représailles (Spector, 2007). Comme les incitations à dévier dépendent d'une comparaison entre deux flux actualisés, plus la riposte sera tardive, moins le coût net des représailles sera élevé. Les contrats de commissaires aux comptes étant des contrats de long terme (six ans), l'intérêt d'une trahison n'en est que plus élevé, à ceci près que les sanctions pourront s'exercer non pas lors du renouvellement du contrat mais à l'occasion des prochaines mises en concurrence par des firmes tierces. Tout ceci met en relief la question de la crédibilité

des représailles (Abreu, 1988). Si dans certains cas, le retour à un équilibre concurrentiel peut apparaître comme suffisant (en ce sens qu'il prive les entreprises du sur-profit collusif), il n'en demeure pas moins que des représailles efficaces supposent souvent que les firmes qui les mettent en œuvre acceptent de subir de nouveaux coûts (guerre des prix) pour sanctionner l'entreprise félonne. Ceci ne peut se faire que si celles-ci anticipent un retour à terme à l'équilibre collusif ou réalisent un « investissement en crédibilité » pour dissuader toute velléité de déviation sur d'autres marchés dans le cadre desquels elles développent aussi des stratégies collusives.

Parmi les critères dégagés par le TPICE en matière de viabilité de l'équilibre collusif, il convient aussi de revenir sur l'influence des consommateurs sur la durabilité de ce dernier. Selon les autorités de la concurrence, des acheteurs dotés de pouvoirs de marché peuvent contrecarrer les tendances à la collusion au sein de marchés oligopolistiques. L'hypothèse est cependant à discuter au vu des retours d'expériences en matière d'ententes anticoncurrentielles (Kolasky, 2002). En effet, les ententes anticoncurrentielles se développent principalement dans les marchés de biens intermédiaires (Combe, 2005). Les « victimes » directes de ces dernières sont donc souvent de grandes firmes, à l'instar des cas des cartels de la lysine et de l'acide citrique aux Etats-Unis (Coca-Cola et Procter & Gamble pour ce dernier cas). Or, de telles firmes peuvent répercuter sans difficulté les surcoûts aux consommateurs finaux, ce qui réduit d'autant leurs incitations à mettre en cause la collusion.

- *Des propositions de nouveaux tests économiques*

Diverses propositions ont été faites pour fournir des tests répondant à certaines des insuffisances de la *check list* de la Commission ou du test dégagé par le TPICE dans l'affaire Aitours. Par exemple, Bishop et Lofaro (2004) proposent une démarche en trois étapes.

La première conduit à considérer des facteurs internes faisant référence à la capacité des firmes à se coordonner spontanément pour agir comme pourrait le faire un monopole à établissements multiples. Il s'agit de vérifier si les firmes, abstraction faite d'éventuelles réactions des tiers (concurrents ou consommateurs), sont à même d'accéder à une intercompréhension suffisante pour s'entendre tacitement sur un niveau de prix, mutuellement profitable. Il s'agit donc d'une condition nécessaire mais non suffisante pour l'émergence d'effets coordonnés. Les facteurs internes favorisant une telle collusion tiennent à la stabilité des conditions de

marché, à la transparence des transactions et à la symétrie des acteurs.

La deuxième étape conduit à considérer les facteurs externes aux firmes. L'idée est que ce n'est pas seulement parce que les firmes ont conscience qu'il est de leur intérêt de s'entendre qu'elles seront effectivement en mesure de le faire. Il faut qu'aucune force externe ne soit en mesure de contrecarrer l'établissement des prix au-delà du niveau concurrentiel. Le test est alors proche de celui utilisé pour évaluer la dominance individuelle. Il s'agit de déterminer si les firmes « coalisées » seraient aptes à élever durablement leur prix au-delà du prix de concurrence parfaite sans compter sur une réaction accommodante des tiers. Les facteurs externes pouvant entraver la collusion tacite tiennent aux barrières à l'entrée, aux capacités et stratégies des firmes de la frange concurrentielle, à la substituabilité des produits et à la puissance de marché des acheteurs.

Il convient ensuite d'évaluer dans quelle mesure l'opération envisagée est susceptible de changer la donne sur le marché et de rendre la collusion plus probable. La concentration peut faciliter l'émergence de la collusion ou au contraire la rendre moins probable. Elle affecte le degré de symétrie entre les firmes, leurs structures de coût, fait disparaître ou au contraire, dans certains cas, fait apparaître un *maverick*²⁴.

Dans cette même logique des modèles ont été construits pour évaluer la probabilité qu'une concentration se traduise par l'émergence d'une collusion tacite à partir de l'estimation du différentiel de gains dans le cas d'un équilibre collusif avant et après la fusion (Kovacic et al., 2006). Il s'agit, sur la base des modèles utilisés dans le cas des effets unilatéraux, de faire l'hypothèse qu'une collusion parfaite aurait un effet comparable à une fusion de l'ensemble des firmes de la branche. Si la concentration a pour effet d'augmenter ce gain potentiel, il apparaît que les firmes seront davantage incitées à s'engager dans une collusion *ex post*. Cette approche peut à nouveau faire l'objet de diverses critiques. Les modèles utilisés reposent sur des hypothèses restrictives (linéarité de la courbe de demande), le cas des *mavericks* n'est pas pris en considération et, surtout, conduit à considérer qu'il convient d'interdire une concentration dès lors que l'on considère rationnel pour les firmes de s'engager dans des pratiques anticoncurrentielles dans le futur. Or, comme nous le verrons dans notre prochaine section, l'exigence de sécurité juridique suppose que l'on ne

²⁴ Une grande entité résultant d'une fusion peut être tentée de rompre l'équilibre collusif si elle dispose d'importantes surcapacités qui lui laissent espérer pouvoir servir une forte part de la demande additionnelle en cas de baisse des prix.

sanctionne pas les firmes sur la base de seules intentions ou pire sur la base de ce que l'on estime devoir être un comportement rationnel de leur part.

II -2 – Incertitudes économiques et insécurité juridique

Le risque d'erreurs en matière d'estimation des risques concurrentiels est significativement différent selon que l'on traite des effets unilatéraux ou des effets coordonnés. Il convient, en effet, de relever que malgré les critiques qu'il est possible de formuler à l'encontre des modèles de simulation utilisés dans le cadre de l'évaluation d'éventuels effets unilatéraux des concentrations, l'évaluation des effets coordonnés ne peut prétendre à une telle assise théorique (James, 2002). En l'absence de modèles économiques suffisamment généraux, l'activation de la notion de position dominante collective place les firmes dans une situation d'insécurité juridique (Dari-Mattiacci et Deffains, 2006). La notion est « inobjectivable » *ex ante* dans la mesure où elle est exclusivement fondée sur les conclusions de modèles de jeux répétés quant au comportement rationnel des entreprises dans certaines conditions de marché. De ce fait, la théorie économique ne saurait fournir aux autorités de la concurrence une règle de droit à portée générale permettant de consolider les anticipations des différentes parties prenantes. Les autorités de la concurrence ne peuvent, dans un tel cadre, que trancher au cas par cas. Ce faisant, les acteurs du marché ne disposent pas de signaux clairs et stables quant aux principes qui sous tendent l'action des autorités de la concurrence.

L'insécurité juridique suscitée par la notion de position dominante collective ne se limite cependant pas aux seules incertitudes quant à ses fondements économiques. Deux questions de nature plus directement juridique restent de la même façon en suspens. La première tient au caractère *ex ante* des principes guidant le contrôle des concentrations. La seconde tient à la fois à la charge et au standard de la preuve appliqués par ces dernières.

Tout d'abord, contrairement à la sanction des abus de position dominante, les autorités de la concurrence essaient, dans le cadre du recours à la notion de dominance collective dans contrôle des concentrations, « d'anticiper l'évolution à venir pour éviter que la concentration ne produise des effets néfastes sur la concurrence ou sur l'économie » (Lucas de Leyssac, 2001). Ce faisant, il ne saurait être exclu *a priori* qu'une logique somme toute tautologique ne puisse s'immiscer dans le raisonnement économique des autorités de la concurrence. Si les modèles économiques théoriques viennent à indiquer qu'une stratégie collusive permettrait de maximiser leur

profit sur un marché donné, les autorités de la concurrence pourraient conclure que des firmes présumées rationnelles mettront en œuvre cette dernière. Il s'agit donc de prévenir, via une sanction préventive, des comportements qui apparaîtraient comme rationnels eu égard aux incitations produites par la structure de marché.

Ensuite, deux difficultés additionnelles peuvent se faire jour en matière de standard de la preuve et d'éventuelle inversion de celle-ci (Lucas de Leyssac, 2006). La notion de standard de la preuve, issue du droit anglo-saxon, désigne la consistance des preuves à apporter pour permettre l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle. A ce titre, elle désigne le degré de précision des éléments de preuve à fournir pour justifier une sanction. La difficulté en matière d'évaluation des risques d'émergence ou de renforcement d'une position dominante collective en matière de contrôle des concentrations peut apparaître comme une variante « extrême », car *ex ante* et non plus *ex post*, des doutes qui peuvent prévaloir en matière de sanction d'une collusion tacite. Par exemple, si le recours à des modèles de simulation permet de conclure que les prix qui prévalent sur un marché donné s'établissent au-dessus des prix de concurrence pure et parfaite, cela ne saurait apporter une preuve objective que les acteurs du marché ont mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Comme le note Lucas de Leyssac (2006), l'absence de compétition sur un marché ne saurait être tenue comme équivalente, au point de vue juridique, à une violation du droit de la concurrence. Au point de vue strictement juridique, il n'existe pas de prohibition du parallélisme de comportement en tant que tel, encore moins d'obligation de s'engager dans des stratégies de guerre des prix. En effet, le droit n'impose pas aux firmes de se faire concurrence. Le droit de la concurrence vise seulement à sanctionner les atteintes à la libre concurrence. Or, dans une optique économique, la promotion active de la concurrence se légitime par les transferts indus de bien-être et la perte sèche qui sont induits par l'absence d'une compétition effective.

Ainsi, la notion de dominance collective peut être inductrice d'un glissement entre l'élément de preuve, l'indice et la présomption. Par exemple, faire reposer une décision sur les conclusions d'un modèle théorique décrivant ce qui pourrait être le marché après une concentration contribue à substituer au raisonnement déductif du juge, une logique de type inductive (Lucas de Leyssac, 2006). De plus, sanctionner *ex ante* un éventuel parallélisme de comportement dans la mesure où ce dernier est considéré comme rationnel au vu des futures conditions de marché, contribue non seulement à affaiblir le standard de la preuve mais aussi à inverser la charge de cette dernière entre les autorités de la concurrence et les firmes

porteuses du projet de concentration. Les différents tests produits par les autorités communautaires permettent seulement de juger si l'opération facilite l'émergence ou le renforcement d'une collusion tacite viable. Ils ne donnent aucune évaluation du moment où des conditions concrètes dans lesquelles la concentration va effectivement susciter des comportements consciemment parallèles. Ceci peut induire une inversion de la charge de la preuve au détriment des entreprises. Dans le cadre, de marchés structurellement oligopolistiques, les promoteurs d'un projet de fusion risqueraient en effet d'être amenés à devoir démontrer qu'une nouvelle concentration réduirait les incitations à la collusion.

Il convient en outre de noter que les autorités de la concurrence peuvent faire face à un dilemme. Faut-il limiter l'action publique en matière concurrentielle à la vérification du respect des règles de droit par les entreprises (liberté de la concurrence) ou doit-on lui attribuer une mission de promotion de la concurrence en vue de contribuer à un fonctionnement économiquement efficace des marchés ? Dans un premier cas, il s'agit, dans une optique hayékienne, de veiller au respect des règles de juste conduite sur le marché, ou pour reprendre les termes de l'Antitrust américain, de prévenir des comportements de *monopolization*, en d'autres termes d'établissement, de maintien ou d'extension d'une position dominante par des moyens anticoncurrentiels. Dans le second cas, les politiques de concurrence en général et le contrôle des concentrations en particulier, pourraient être saisies par les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence comme un levier pour jouer sur les structures de marchés. En effet, au travers de l'application d'une telle notion pourrait réapparaître une politique *de régulation de la concurrence* jouant sur les structures de marché pour les rapprocher de l'idéal de la concurrence parfaite. Comme le relève Ridyard (2005), dans plusieurs cas les décisions de la Commission ont trahi l'apparent désir d'utiliser le cadre du contrôle des concentrations pour intervenir sur les positions de marché les, au risque de prendre des décisions des plus insatisfaisantes. A l'instar de la notion de facilité essentielle, dont le recours des plus parcimonieux aux Etats-Unis contraste avec une application des plus larges au niveau européen (de Hauteclocque et al., 2009), les notions juridiques dont les fondements économiques demeurent relativement flous et mouvants peuvent être saisies par les autorités de la concurrence européennes comme un outil de régulation de la concurrence.

Par exemple, la décision de la Commission dans Airtours en 1999 a pu être analysée comme la manifestation d'un tel opportunisme (Martin, 2007). La Commission, faute de pouvoir

fonder sa décision sur la prise en considération les effets unilatéraux (le règlement en vigueur étant le 4064/99 et non le 139/2004), aurait opportunément basé son raisonnement sur la notion d'effets coordonnés, dont l'ambiguïté favorise une certaine plasticité. Preuves en seraient les décisions des 4 mai et 4 juin 2007 respectivement relatives aux rapprochements entre TUI et First Choice (aff.Comp/M4600) et KarstadtQuelle et My travel – nouveau nom d'Airtours²⁵ (aff.Comp/M4601) pour lesquelles la possibilité d'effets coordonnés n'a pas été retenu, alors que les conditions de marché n'étaient pas significativement différentes de celles qui prévalaient en 1999.

La tentation de se saisir *opportunément* de concepts juridiques relativement ambigus pour transformer le contrôle des concentrations en levier pour réguler la situation de la concurrence sur un marché donné peut être d'autant plus forte que ce dernier s'attache parfois non seulement à évaluer les conséquences potentielles du projet notifié sur la concurrence mais aussi la situation concurrentielle du marché concerné préalablement à l'opération. Le risque est de voir la décision prise par l'autorité de la concurrence et les remèdes éventuellement exigés non exclusivement déterminés par les conséquences potentielles du projet notifié mais aussi par le souhait de tirer partie de l'opportunité offerte par la notification préalable du projet de concentration pour corriger les imperfections du marché considéré (Bishop et Lofaro, 2004).

II -3 – Eléments de conclusion et discussion sur la notion de règle de droit en matière concurrentielle

L'absence d'une théorie économique de portée générale quant aux stratégies optimales des firmes sur des marchés oligopolistiques prive donc les autorités de la concurrence d'un cadre théorique robuste leur permettant d'étayer suffisamment leurs décisions pour éviter de prendre des décisions erronées ou éventuellement de voir des décisions pourtant fondées annulées en appel. La prise en compte de la dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations se fait sur la base de la synthèse post-Chicago (Encaoua et Guesnerie, 2006). Or celle-ci repose sur la constitution d'un ensemble d'exemples fondés sur l'application de modèles de théorie des jeux et non sur la construction d'un cadre général (Fischer, 1989). L'absence d'une théorie « générale » va à l'encontre de l'exigence de sécurité juridique (Deschamps et Marty, 2008). Le recours à de telles théories ne saurait garantir aux parties un degré

²⁵ Bien que leur projet de concentration ait été finalement autorisé Airtours et FirstChoice avaient renoncé à se regrouper.

satisfaisant de prévisibilité quant aux décisions des juges. Les autorités de la concurrence ne peuvent, de ce fait, mener leurs analyses qu'au cas par cas et éprouvent quelques difficultés à fournir aux agents économiques des principes prévisibles et incontestables²⁶. L'absence de consensus entre économistes²⁷, ou la difficulté d'interpréter les enseignements de chacun des « exemples » fournis par la théorie post-Chicago, peut de la même façon renforcer le risque d'annulation des décisions en appel.

Les efforts des autorités de la concurrence pour fournir un cadre clair et prévisible n'ont pu de ce fait être couronnés de succès. Il apparaît, par exemple, qu'une décision simplement dictée par la vérification « mécanique » de la check-list de la Commission ou des trois critères du TPICE conduirait à des décisions bien souvent erronées (Spector, 2007). Comme le relevait en 2001, un membre de la Merger Task Force de la DG Concurrence dans le cadre des *Ateliers de la Concurrence* (Vautherin, 2001), « Face à cette complexité, le choix adopté est celui du pragmatisme. Plutôt que de s'embarquer dans de grandes théories économiques, nous nous en tenons essentiellement aux faits (...) L'argumentation est taillée sur mesure, en fonction des faits de chaque espèce. On ne peut plus se baser sur une check-list. C'est plus difficile, mais en échange les décisions sont plus précises ». Si des décisions au cas par cas apparaissent comme nécessaires dès lors que des règles générales ne peuvent être dégagées *ex ante*, il n'en demeure pas moins qu'elles ne permettent pas de fournir un cadre suffisamment prévisible aux acteurs de marchés pour que ceux-ci puissent former des anticipations adéquates.

Si des pistes de recherche existent quant à la possibilité d'adapter à la dominance collective les outils de simulation mis en œuvre dans le cadre de la mesure des effets unilatéraux des concentrations (Papandropoulos, 2007, Kovacic et al., 2007), notamment au travers de la quantification des incitations s'exerçant sur chaque membre du marché oligopolistique à dévier ou à exercer des représailles (Spector, 2007), il n'en demeure pas moins que tant les modèles théoriques sous-jacents que les critères successivement dégagés par la jurisprudence européenne ne sauraient à eux seuls garantir une réelle sécurité juridique. L'application automatique d'une règle de droit fondée sur des prescriptions de la théorie économique doit céder le pas à une approche plus pragmatique, fondée sur un examen au cas par cas des conditions concrètes de

²⁶ Comme le note Fisher (1991), « La méthode n'a au final produit qu'une taxonomie, une longue liste extensive de cas possibles, au final peu opérationnelle ».

²⁷ Les mêmes débats ont cours aux Etats-Unis autour de la notion d'effets coordonnés (Sayyed et Tucker, 2006).

fonctionnement du marché considéré. De la même façon, Outre-Atlantique, Sayyed et Tucker (2006) plaident pour un renforcement des analyses sectorielles permettant d'identifier les facteurs rendant la collusion plus ou moins plausible. En effet, il est nécessaire pour ces derniers de s'appuyer sur des enquêtes factuelles beaucoup plus approfondies pour déterminer dans quelle mesure le projet de concentration considéré rend effectivement plus probable l'établissement d'un équilibre collusif ». Pour Ridyard (2005), le risque de décisions biaisées serait encore supérieur du fait de la pratique décisionnelle de la Commission qui serait, selon lui, par trop focalisée sur les dommages concurrentiels potentiels au détriment de la prise en compte des éléments factuels disponibles.

La méthode que pourrait suivre une autorité de la concurrence peut, dans une optique pragmatiste s'appuyer sur une logique de nature abductive (Peirce, 1878). Il s'agit d'une démarche de découverte d'hypothèses plausibles au travers de l'analyse des données de marché qui feront ensuite l'objet de reformulations en variables explicatives, lesquelles seront confrontées aux faits. Une décision publique en matière de droit de la concurrence doit-elle être fondée sur des catégories générales ou doit-elle s'appuyer sur la compréhension intime des mécanismes qui gouvernent le marché considéré ? Détaillant devant l'association des avocats américains en 2001 les inflexions apportées à la politique antitrust américaine à partir des directives de 1982 sur les concentrations horizontales, T.J. Murris, le Président de la FTC, avait indiqué que la nouvelle approche de l'antitrust américain se distinguait du régime précédent en ce sens qu'elle était devenue résolument *fact-intensive*.

Cependant, si le primat à accorder aux faits semble aller dans le sens d'une mise en contexte des règles issues de modèles économiques dans le raisonnement des juges, il ne s'agit pas pour autant de plaider en faveur d'une certaine discrétion, laquelle n'irait pas loin s'en faut dans le sens d'un renforcement de la sécurité juridique des opérateurs. Il s'agit en fait de tenir compte à la fois de l'adaptation de la règle économique aux faits et du rôle d'interprétation du juge. Non seulement le droit de la concurrence n'est pas réductible à une traduction juridique de la théorie économique de la concurrence²⁸ mais il apparaît en outre, conformément à l'opinion dissidente du juge Holmes dans la décision de la Cour Suprême *Lochner* en 1905²⁹, que la décision du juge ne vise pas à faire appliquer une théorie sociale ou économique donnée.

²⁸ Comme le note Kolasky (2004), « quand bien même les débats économiques éclairent le droit de la concurrence, ce dernier ne saurait parfaitement refléter les prescriptions des économistes ».

²⁹ *Lochner v. New York* 198 U.S. 45

Nous retrouvons à nouveau la logique de *The Common Law* (Holmes, 1881), selon laquelle le droit est affaire d'expérience et ne saurait procéder d'une quelconque dogmatique ou théorie.

Ainsi, dans une perspective pragmatiste, le recours aux modèles économiques permet de structurer le raisonnement des juges sans pour autant définir *in abstracto* une solution optimale. La décision ne pourra que résulter de la confrontation de ces résultats aux faits. Comme l'a relevé A. Rubinstein dans le cadre de son adresse présidentielle à l'Econometric Society, les modèles économiques sont à l'origine de plusieurs dilemmes pour les théoriciens (Rubinstein, 2006). L'un d'entre eux, le dilemme de la pertinence, conduit à considérer les modèles non pas comme un moyen de dériver des règles de droit applicables par le juge comme des algorithmes mais plus modestement comme des fables permettant de structurer ses réflexions. Les modèles peuvent en effet jouer un tel rôle en fournissant une représentation simplifiée de la réalité permettant de mettre en exergue à la fois des régularités, à l'instar des prescriptions de Holmes (1881), et de dégager *in fine* des conclusions qui jouent le rôle de morales.

Bibliographie

- Abreu D., (1988), "On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting", *Econometrica*, volume 56, n°2, pp. 383-396.
- Backer J. B., (2002), "Mavericks, Mergers and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Law", *New York University Law Review*, volume 135.
- Bazzoli L. et Kirat T., (2003), « A propos du réalisme en économie et institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons v Williamson », *Economie Appliquée*, n° 3, pp.171-210.
- Bishop S. et Lofaro A., (2004), "A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp. 195-242.
- Burnside A., (2002), « Les incertitudes liées à la position dominante collective en matière de contrôle des concentrations », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 127, pp. 5-22.
- Chevallier J., (2007), « Le droit économique : Insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? », in Boy L., Racine J.-B. et Siirainen F., (sd.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, décembre 2007, pp.543-562.
- Combe E., (2005), *Economie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz-Sirey, 1^{ère} édition, Paris, 460p.

- Compte O., F. Jenny et P. Rey, (2002), "Capacity Constraints, Mergers and Collusion", *European Economic Review*, volume 46, pp. 1-29.
- Dari-Mattiacci G. et B. Deffains, (2006), "Uncertainty of Law and Legal Process", Tinbergen Institute Discussion Paper – TI 2006-071/1.
- Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée : les enseignements de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, n°22, pp. 2571-2593.
- Encaoua D. et R. Guesnerie, (2006), *Politiques de concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, juillet.
- Farrell J. et C. Shapiro, (1990), "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis", *American Economic Review*, volume 80, n° 1, pp.107-126.
- Federal Trade Commission et US Department of Justice, (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, Washington D.C., March, 71p.
- Fischer F.M., (1989), "Games Economists Play: A Non-Cooperative View", *Rand Journal of Economics*, volume 20, autumn, pp. 113-124.
- Fisher F.M, (1991), "Organizing Industrial Organization: Reflections on the *Handbook of Industrial Organization*", *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, pp 201-240.
- Hautecloucq (de) A., Marty F. et Pillot J., (2009), "The Essential Facility Doctrine in European Competition Policy: The Case of Energy sector", *Working Paper LARSEN*, n° 22, mars, 30p.
- Holmes O.W., (1881), *The Common Law*, Dover Publication Inc, NY (1991), 422p.
- Ivaldi M., B. Jullien, P. Rey, P. Seabright et J. Tirole, (2003), *The Economics of Tacit Collusion*, IDEI Toulouse, Final Report for DG Competition, European Commission, March, 75p.
- James C.A., (2002), "Rediscovering Coordinated Effects", *Annual Meeting – American Bar Association*, Section of Antitrust Law, Washington D.C., 13 août, 12p.
- Jamin C., (2005), « Que répondre à Éric Brousseau ? (je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai, pp. 54-59.
- Kirat T. et Marty F., (2006), « La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économique-juridique du secteur électrique et des marchés publics », *Economie et Prévision*, n° 175-176, 2006 /4-5, pp.101-116.
- Kolasky W. J., (2002), "Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks", *American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting*, Washington D.C., 24 avril, 26p.

- Kolasky W.J, (2004), "What is Competition? A Comparison of US and European Perspectives", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp.29-53.
- Kovacic E., Marshall R.C., Marx L.M. and Schulemberg P., (2007), "Coordinated Effects in Merger Review: Quantifying the Pay-offs from Collusion", in Hawk B. (ed.), *International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law, 600p.
- Kühn K. U., (2002), "Closing Pandora's Box? Joint Dominance after the Airtours Judgment", Working Paper n°02-13, *John Ohlin Center for Law and Economics*, University of Michigan, June, 20p.
- Legal H., (2003), « Le juge et les instruments de l'analyse économique », *Les ateliers de la Concurrence*, DGCCRF, Paris, décembre.
- Lévêque F., (2006), « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, n° 1-2006.
- Lucas de Leyssac C., (2001), « La position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, 5 décembre.
- Lucas de Leyssac C., (2006), « A propos des situations non fautives de non compétition », *Concurrences*, n° 4-2006, pp.1-3.
- Malaurie-Vignal M., (2005), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 274p.
- Martin S., (2007), « First mover advantage : la Commission revient sur l'analyse de la position dominante collective dans le secteur des voyages », chronique concentrations, *Concurrences*, n°3-2007, pp.117-119.
- Marty F., (2007), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp. 85-120.
- Muris T. J., (2001), "Antitrust Enforcement at the FTC: In a Word Continuity", *American Bar Association Antitrust Section Annual Meeting*, Chicago, décembre.
- Neven D., (2003), « La caractérisation de la position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, septembre.
- Papandropoulos P., (2007), « L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusion », *Concurrences*, n° 2-2007, pp. 16-22.
- Peirce C.S., (1878), "Deduction, Induction and Hypothesis", *Popular Science Monthly*, volume 13, août, pp. 470-482.
- Petit N., (2007), *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 685p.
- Rainelli M., (2006), « A propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006-1, pp.45-54.

Ridyard D., (2005), "The Commission's New Horizontal Merger Guidelines: An Economic Commentary", *The Global Competition Law Centre*, Working Paper Series 02/05, Collège d'Europe, Bruges, 13p.

Rubinstein A., (2006), "Dilemmas of an Economic Theorist", *Econometrica*, volume 74, n° 4, pp. 865-883.

Sayyed B. et D.S. Tucker, (2006), "The Merger Guidelines Commentary: Practical Guidance and Missed Opportunities", *The Antitrust Source*, American Bar Association, mai.

Sherer F.M., et D. Ross, (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition, Houghton Mifflin, Boston.

Sweezy P. M., (1939), "Demand under Conditions of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, volume XLVII, pp. 568-573.

Spector D., (2007), « Position Dominante collective : Du bon usage des 'critères Airtours' », *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n°1-2007, pp. 26-30.

Treviño J., (2007 "Holmes, Oliver Wendell Jr.", in Clarck David (dir.), *Encyclopedia of Law and Society - American and Global Perspectives*, Sage, Thousand Oaks, California, tome II, p.706.

Vautherin L., (2001), « Etude de deux cas : position dominante collective et abus de position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, 5 décembre.