



THÈSE



En vue de l'obtention du
DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole
École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

Thi Thu Ha DAO

Le 4 décembre 2019

**DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT COMME INSTRUMENT
DU DROIT DE LA CONCURRENCE
ÉTUDE À LA LUMIÈRE DES DROITS EUROPÉEN ET VIETNAMIEN**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité recherche : **IRDEIC (EA 4211)**

Directeur de thèse : Madame Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO

Professeur agrégée des Universités, Université Toulouse 1 Capitole

JURY

Rapporteurs Madame **Monique LUBY-GAUCHER**, Professeur des Universités, Université de Pau et des pays de l'Adour
Monsieur **Ngoc Dien NGUYEN**, Professeur, Université d'Économie et de Droit de l'Université Nationale du Vietnam

Examineurs Madame **Laurence IDOT**, Professeur Émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
Madame **Catherine GRYNFOGEL**, Maître de Conférences, Université Toulouse 1 Capitole
Monsieur **Pierre ZELENKO**, Avocat associé chez Linklaters LLP France

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur »*

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer mes plus sincères remerciements et ma profonde reconnaissance à madame la professeur Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO pour son soutien constant et la confiance qu'elle a su me témoigner.

Mes remerciements spéciaux s'adressent à madame la Professeur Monique LUBY-GAUCHER, monsieur le Professeur Ngoc Dien NGUYEN, madame la Professeur Laurence IDOT, Madame la Maître de Conférences Catherine GRYNFOGEL et monsieur l'avocat Pierre ZELENKO, de m'avoir fait l'honneur d'accepter de participer au jury de cette thèse.

Je tiens à remercier très sincèrement le Ministère Français des Affaires Étrangères, le *Max Planck Institute for Innovation and Competition* (MPI), et la Direction de la Recherche, de l'Observation et de Pilotage (DROP) ainsi que le Service Commun des Relations Européennes et Internationales (SCREI) de notre Université pour leur soutien financier qui a permis la réalisation de cette recherche.

Je souhaite adresser mes vifs remerciements aux professeurs Andrée PUTTEMANS, la directrice de l'Unité de droit économique du Centre de Droit Privé de l'Université Libre de Bruxelles, et Josef DREXL, le directeur du MPI à Munich, pour leur accueil chaleureux et pour les discussions des enjeux interdisciplinaires de la concurrence, de l'innovation et de la propriété intellectuelle, durant mes séjours de recherches. Ces expériences et ces échanges ont beaucoup enrichi mon travail.

Je voudrais adresser toute ma gratitude à Guy, qui m'a fortement encouragée. Un grand merci à Ghislaine à travers la fastidieuse relecture de mon travail. À Natalia, Alexis et Stefanie qui m'ont apporté leur confiance et m'ont souvent aidé, chacun à leur façon.

Enfin, à ma famille, d'avoir supporté avec tant de patience et de compréhension, sans tout ceci cette aventure n'aurait jamais pu voir le jour. Les mots sont parfois bien faibles.

SOMMAIRE

(Les nombres correspondent aux numéros de pages)

REMERCIEMENTS.....	i
SOMMAIRE	ii
TABLES DES ABRÉVIATIONS	iii
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : L'EXIGENCE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT	34
TITRE I : LE PRINCIPE D'APPLICATION LARGE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT	36
CHAPITRE 1 : LE RECOURS À LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT DANS L'ANALYSE DE L'ATTEINTE À LA CONCURRENCE.....	38
CHAPITRE 2 : LE RECOURS À LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT HORS DU CADRE DE L'ANALYSE DE L'ATTEINTE À LA CONCURRENCE	122
TITRE II : L'ÉMERGENCE DE MÉTHODES ALTERNATIVES.....	170
CHAPITRE 1 : LES ENJEUX DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT ...	172
CHAPITRE 2 : LA RÉPONSE PAR DES MÉTHODES ALTERNATIVES.....	233
SECONDE PARTIE : LES MÉTHODES DE DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT	338
TITRE I : LA SUBSTITUABILITÉ ET L'ÉVOLUTION DES MÉTHODES D'ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ.....	340
CHAPITRE 1 : LA SUBSTITUABILITÉ, CLÉ DE VOÛTE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT	341
CHAPITRE 2 : LES MÉTHODES D'ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ	396
TITRE II : LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE PRODUITS PERTINENT	495
CHAPITRE 1 : LA SUBSTITUABILITÉ DE LA DEMANDE	496
CHAPITRE 2 : LA SUBSTITUABILITÉ DE L'OFFRE	552
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	577
BIBLIOGRAPHIE.....	580
TABLE DES MATIÈRES.....	646
INDEX ALPHABÉTIQUE	658

TABLES DES ABRÉVIATIONS

ADLC	Autorité de la concurrence
ADPIC	Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au commerce
Aff.	Affaire
Aff. jtes.	Affaires jointes
Am. Eco. Rev.	The American Economic Review
Antitrust Bull.	Antitrust Bulletin
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
BOCCRF	Bulletin Officiel de la Concurrence, Consommation et Répression des Fraudes
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation
CA	Cour d'Appel
Cali. L. Rev.	California Law Review
CC	Competition Commission (Royaume-Unis)
CCP	Certificat Complémentaire de Protection
CE	Communautés Européennes
C.E	Commission européenne
CECA	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
CEE	Communauté Économique Européenne
Chr.	Chronique
Chr. De Jurisp.	Chronique de Jurisprudence
Cir.	Circuit
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMA	Competition and Markets Authority (Royaume-Unis)
CMLR	Common Market Law Review
Coll.	Collection
Colum. Law. Rev.	Columbia Law Review
Cont. Conc. Cons.	Contrats Concurrence Consommation
CPI	Competition Policy International
Déc.	Décision
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, Consommation et Répression des Fraudes
Dir.	Dirigé
DOJ	Department of Justice (États-Unis)
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
Éd.	Édition
EEE	Espace Économique Européenne
ELR	European Law Review
FTC	Federal Trade Commission (États-Unis)

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
<i>ibid</i>	Ibidem (même ouvrage)
<i>id</i>	Idem (différente page du même ouvrage)
<i>infra</i>	ci-dessous
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JCP	Jurisclasseur périodique
JCP Ed. Entr.	Jurisclasseur périodique Édition Entreprise
JCP Ed. G.	Jurisclasseur période Édition Générale
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LJNA	Librairie du Journal des Notaires et des Avocats
LPA	Les Petites Affiches
OFCE	L'Observatoire française des conjonctures économiques
OFT	Office of Fair Trading (Royaume-Unis)
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
<i>op. cit.</i>	Opere citato (œuvre citée)
OUP	Oxford University Press
préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
PUR	Presses Universitaires de Rennes
Rev. Conc. Cons.	Revue de la Concurrence et de la Consommation
Rev. Dr. Eur.	Revue de Droit Européen
Rev. Eco. Ind.	Revue d'Economie Industrielle
Rev. Ind. Org.	Review of Industrial Organization
RIDE	Revue International de Droit Economique
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RMC	Revue du Marché Commun
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
<i>supra</i>	ci-dessus
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
UE	Union Européenne
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. « Les praticiens chevronnés du droit *antitrust* savent depuis longtemps que le problème le plus important dans la plupart des mesures d'application de la loi – parce que beaucoup en dépendent – est la définition du marché¹ ». Par cette observation, Robert PITOFKY, ancien président de la *Federal Trade Commission* américain, soulevait la question la plus ardue du droit de la concurrence. La notion de « marché » (*mercatus*), constituée depuis le V^{ème} siècle avant J.-C.², est de nos jours au cœur de la compréhension de l'économie de marché^{3 4}.

2. Il s'agit d'une notion fondamentale en économie⁵, en particulier en microéconomie, car elle forme le contexte dans lequel l'essentiel des comportements et des relations entre agents économiques se donnent à observer. Avant l'existence du droit de la concurrence⁶, le « marché », ou l'« industrie⁷ » comme souvent appelé par les économistes, était déjà bien développé en économie. Notion vague, le marché est défini par August COURNOT – l'un des premiers économistes à avoir formulé un modèle de l'offre et de la demande – comme « *tout un territoire dont les parties sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte que les prix s'y nivellent avec facilité et promptitude*⁸ ». Élaborant sur ce travail, Alfred MARSHALL, dans son livre *Principles of Economics*, ajoutait, pour décrire cet espace d'échanges virtuel, mais porteur de

¹ R. PITOFKY, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review*, vol. 90, n° 7, 1990, p. 1805-1864, spéc. p. 1807.

² A. CAILLÉ, El nacimiento del *homo economicus* (La naissance de l'*homo economicus* – nous traduisons), in *Le marché à travers les âges*, Le Courrier de l'UNESCO, nov. 1996, p. 10-13.

³ R. PODSZUN, « The Arbitrariness of Market Definition and an Evolutionary Concept of Markets », *Antitrust Bulletin*, vol. 61, issue 1, 2016, p. 121-132, spéc. p. 129.

⁴ Sur l'économie de marché, voir F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^{ème} – XVIII^{ème} siècle*, TOME 2 : Les enjeux de l'échange, Paris, A. Colin, 3^è éd., 1979 ; P. A. SAMUELSON & W. D. NORDHAUS, *Economics*, Boston, McGraw-Hill Irwin, 19^è éd., 2009 ; R. GUESNERIE, *L'économie de marché*, Paris, Le Pommier, 2013.

⁵ J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge Massachusetts, London, The MIT Press, 1988, p.1.

⁶ Pour les racines du droit de la concurrence et l'histoire du droit européen de la concurrence, v. Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 2013, n° 56 et s., p. 39 et s. ; D. ENCAOUA & R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence, Rapport au Conseil d'Analyse Economique, La Documentation française*, Paris, 2006, spéc. p. 19-42 ; M. WISE, « Droit et Politique de la concurrence dans l'Union européenne », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 9, 2007, p. 7-98.

⁷ Certains économistes ont fait la distinction entre le « marché » et l'« industrie ». V. J. NIGHTINGALE, « On the Definition of "Industry" and "Market" », *Journal of Industrial Economics*, vol. 27, n° 1, 1978, p. 31-40 ; J. Robinson, « The Industry and the Market », *Economic Journal*, vol. 66, n° 262, 1956, p. 360-361. La distinction des deux termes n'a pas d'importance en ce qui concerne la délimitation du marché pertinent.

⁸ A. COURNOT, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, Hachette, 1^{er} éd., 1838, p. 55.

flux de biens et de valeurs bien réelles : « *plus un marché s'approche de la perfection, plus la tendance à payer les mêmes prix pour les mêmes marchandises en même temps sur tous les points du marché est forte : mais évidemment, si le marché est large, il faut tenir compte des frais de livraison des marchandises à différents acheteurs*⁹ ». Lors du passage du XX^{ème} siècle, George STIGLER¹⁰ a précisé qu'« *un marché pour un produit est la zone dans laquelle le prix tend à s'uniformiser, compte tenu des coûts de transport*¹¹ ». Paul SAMUELSON¹² et William NORDHAUS¹³ l'ont décrit comme « *un mécanisme par lequel les acheteurs et les vendeurs d'une marchandise interagissent pour en déterminer son prix et sa qualité*¹⁴ ». L'idée qui sous-tend ces définitions consiste au fait que le marché est le lieu sur toute l'étendue duquel des échanges entre un producteur et un consommateur s'effectuent librement¹⁵.

Les origines et les applications de la notion de marché en droit de la concurrence

3. Après une longue évolution, la notion de marché a été introduite dans le droit de la concurrence, en tout premier lieu, dans la législation américaine. Le *Sherman Act*¹⁶, adopté par le

⁹ A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London, McMillan, 8^e éd., 1920, p. 325.

¹⁰ G. STIGLER a été le seul économiste en organisation industrielle (*Industrial Organisation – IO*) à avoir reçu un prix Nobel (en 1982).

¹¹ G. J. STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, New York, McMillan, 1^{er} éd., 1942, p. 92. L'ouvrage a été publié dans les éditions ultérieures sous l'intitulé « *The Theory of Price* ».

¹² Paul A. SAMUELSON a été le premier américain à recevoir un Prix Nobel d'économie en 1970. Il a été le fondateur du célèbre département d'économie du Massachusetts Institute of Technology (MIT) et conseiller économique du président John F. KENNEDY.

¹³ William D. NORDHAUS est un des économistes éminents américains et a siégé au Conseil des conseillers économiques du président Jimmy CARTER de 1977 à 1979. Il a reçu le prix Nobel d'économie de 2018.

¹⁴ P. A. SAMUELSON & W. D. NORDHAUS, *Economics*, Boston, McGraw-Hill Irwin, 19^e éd., 2009, p. 26.

¹⁵ Dans cette optique, les définitions du marché ont été reprises à l'identique ou présentées en complément d'autres éléments légèrement différents par les économistes de l'économie moderne, notamment dans les manuels d'introduction à l'économie. À cet égard, v. C. RESCHE-RICARD, « *Étude préliminaire du discours de présentation de la notion de marché dans les manuels d'introduction aux principes de l'économie* », ASp (en ligne), n° 49-50, 2006, p. 93-118.

¹⁶ Face à un processus d'intégration du marché qui a donné lieu à l'émergence aux États-Unis de très grandes entreprises mais qui rend également les marchés particulièrement vulnérables aux retournements de conjoncture, le *trust* a fait son apparition. Proposé par Samuel DODD, principal conseiller du président John ROCKEFELLER, le *trust* désigne le transfert des titres détenus par les actionnaires de plusieurs entreprises à un petit nombre d'hommes de confiance (*trustees*), lesquels participent à la coordination des politiques des différentes entreprises dont les prix proposés sur le marché. Si les associations de producteurs en *trusts* ont été la norme de fonctionnement dans la plupart des industries aux États-Unis dans les années 1850-1880, cette situation a posé la question centrale durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle aux États-Unis qui est de savoir si la constitution des *trusts* entre lesquels le pouvoir est excessivement concentré risque de nuire aux petits entrepreneurs manufacturiers et aux petits exploitants agricoles ainsi qu'aux commerçants. Dans le contexte où l'électorat américain voyait le déclin de ces derniers et sa réaction de plus en plus hostile à l'égard des grands groupes, le Congrès américain a été obligé de réagir en examinant la proposition de loi du sénateur républicain de l'Ohio, John Sherman. C'est donc dans ce contexte polémique que le *Sherman Act* a été né. V. D. ENCAOUA & R. GUESNERIE, « *Politiques de la concurrence* », Rapport au Conseil d'Analyse Economique, Paris, La Documentation française, 2006. V. également H. THORELLI,

Congrès américain le 2 juillet 1890 en vue de limiter le pouvoir de marché des *trusts*, stipule dans ses articles 1 et 2 l'interdiction de toute pratique qui vise à « *restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union* » ou « *monopoliser une partie des échanges ou du commerce entre les différents États de l'Union* ». Il en ressort que les « *échanges* » libres, mécanisme que l'expression de marché illustre, sont donc au centre des préoccupations de cette loi. Plus de deux décennies après, la notion de marché est présente de façon plus explicite dans le *Clayton Act*¹⁷, adopté en 1914 pour compléter le *Sherman Act*. En Europe, elle a été introduite beaucoup plus tard mais de manière expresse dans les textes à propos de la concurrence du Traité de Paris, en date du 18 avril 1951, instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA). En particulier, l'article 66 du Traité consacré aux règles de concentrations se réfère directement au « *marché des produits*¹⁸ ». Inspirant des règles de la concurrence des grands systèmes juridiques dans le monde et en particulier du droit européen, le droit vietnamien de la concurrence, né en 2004, a intégré directement le concept de « *marché pertinent* » dans la Loi de la concurrence de 2004¹⁹, l'instituant en objet central de toute analyse concurrentielle. La loi de la concurrence révisée²⁰ tout récemment, en juin 2018, vise ce concept de la même manière.

The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition, Baltimore, John Hopkins University Press, 1954 ; A. CHANDLER, *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, The Belknap Press of Harvard University, 1^{er} éd., 1977 ; G. J. STIGLER, *The Economists as Preacher and Other Essays*, University of Chicago Press, 1982 ; M-F. TOINET, H. KEMPF et D. LACORNE, *La libéralisme à l'américaine*, Paris, Economica, 1989 ; F. M. SCHERER, « Efficiency, Fairness and the Early Contribution of Economists to the Antitrust Debate », *Washburn Law Journal*, vol. 29, 1990, p. 243-255 ; H. KEMPF, « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 », *Cahiers d'Economie Politique*, n° 20-21, p. 187-211 ; F. M. SCHERER, *Competition Policy, Domestic and International*, Edward Elgar, 2000.

¹⁷ Le terme de marché est visé explicitement dans cette loi en son section 2 relative aux discriminations de prix : « *It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality [...] provided that nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned [...]* ».

¹⁸ Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA), article 66 §2 et §7 : « *La Haute Autorité accorde l'autorisation [...] si elle reconnaît que l'opération envisagée ne donnera pas aux personnes ou aux entreprises intéressées [...] le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou restreindre la production ou la distribution, ou faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur une partie importante du **marché desdits produits**. [...] Si la Haute Autorité reconnaît que les entreprises publiques ou privées qui, en droit ou en fait, ont ou acquièrent, sur le **marché d'un des produits** relevant de sa juridiction, une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du marché commun [...]* » (gras ajoutés).

¹⁹ Loi de la concurrence, n° 27/2004/QH11 du 3 décembre 2004 (ci-après « loi de la concurrence 2004 »).

²⁰ Loi de la concurrence, n° 23/2018/QH14 du 12 juin 2018 (ci-après « loi de la concurrence 2018 »).

4. Concept fondateur de la science économique²¹, le marché a été qualifié de « *marché pertinent*²² » en droit. En effet, c'est à l'occasion de l'arrêt *Columbia Steel* que la Cour Suprême américaine a jugé nécessaire de délimiter le marché pertinent sur lequel les entreprises en cause sont en concurrence^{23 24}. Plus d'une décennie après, elle a renforcé ce principe en établissant les critères pour la délimitation du marché dans *Brown Shoe*²⁵, l'arrêt le plus cité sur cette question dans l'histoire du droit de la concurrence²⁶. En Europe, la Cour de Justice des Communautés Européennes²⁷ (CJCE) a posé le même principe dans son célèbre arrêt *Continental Can*²⁸ rendu le 21 février 1973 dans lequel elle a été saisie pour la première fois d'une décision d'application

²¹ C. LUCAS de LEYSSAC & G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002, p. 3.

²² Le terme est utilisé par diverses expressions, à savoir « marché en cause », « marché considéré », « marché de référence », ou en anglais « *relevant market* ». En droit européen de la concurrence, les expressions « marché pertinent », « marché en cause » et « *relevant market* » sont fréquemment utilisées. Le concept de « marché pertinent » se distingue des autres concepts de marché utilisés par les entreprises à savoir celui de « secteur ». Selon L. BIDAUD, le secteur est un ensemble d'entreprises ayant la même activité principale mais qu'il ne permet pas de dresser le tableau complet des offreurs, puisque le secteur, de par sa définition même, ne prend pas en considération les entreprises qui n'exercent pas à titre principal l'activité en cause. V. L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, n° 230-232, p. 146-147. Le « marché pertinent » n'est pas non plus synonyme des notions « industrie » ou « secteur économique ». Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 9 décembre 1997, pt. 3. Cette distinction a été confirmée par le Tribunal dans l'arrêt du 1^{er} juill. 2010, *AstraZeneca c./Commission*, T-321/05, *Rec. p. II-2805*, para. 97 : « [...] le concept de marché en cause diffère des autres concepts de marché souvent utilisés dans d'autres contextes, tels que le territoire à l'intérieur duquel les entreprises vendent leurs produits ou, plus largement, l'industrie ou le secteur dont les entreprises relèvent ». HATZITASKOS *et al.*, remarquent que dans le monde des affaires, le « marché » a de nombreuses significations et son utilisation dans le contexte commercial peut ne pas avoir le même sens que dans la mise en œuvre du droit antitrust. K. HATZITASKOS, D. CARD & V. HOWELL, « Guidelines on Quantitative Techniques for Competition Analysis », *Paper prepared for the Regional Competition Center for Latin America*, 2012, disponible sur le site <https://www.cornerstone.com/Publications/Articles/Guidelines-Quantitative-Techniques-for-Competition> (consulté le 1^{er} octobre 2019). V. également J. B. BAKER, « Market Definition: An Analytical Overview », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, 2007, p. 129-173, spéc. p. 139 ; C. CAFFARRA & M. WALKER, « An Exploration into the Use of Economics before Courts in Europe », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, issue 2, 2010, p. 158-161, spéc. p. 159.

²³ *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 497 (1948).

²⁴ G. J. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette Law Review*, vol. 76, issue 1, 1992, p. 123-215. Avant l'évocation expresse dans cet arrêt, le « marché pertinent » a été toutefois évoqué de manière implicite dans les premières affaires de monopolisation où l'appréciation d'une position de monopolisation s'appuie dans une large mesure sur les parts de marché. Un arrêt fameux à cet égard est rendu en 1945, *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945). En ce sens, voir G. E. HALE & R. D. HALE, *Market Power: Size and Shape Under the Sherman Act*, Boston, M A: Little Brown, 1958, p. 97-103 et 113-116 ; W. F. UPSHAW, « The Relevant Market in Merger Decisions: Antitrust Concept or Antitrust Device? », *Northwestern University Law Review*, vol. 60, issue 4, 1965, p. 424-487 ; D. F. TURNER, « Antitrust Policy and the Cellophane Case », *Harvard Law Review*, vol. 70, n° 2, 1956, p. 281-318.

²⁵ *Brown Shoe Co. Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

²⁶ G. J. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *op. cit.*, p. 124.

²⁷ Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes a été renommée Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE).

²⁸ Arrêt du CJCE du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c./Commission*, C-6/72, *Rec. p. 215*.

de l'article 82 CE et qu'elle a annulée au motif que le marché n'avait pas été clairement défini. En effet, la CJCE a considéré que « [...] tant dans l'appréciation de la position dominante de SLW que dans celle des conséquences de la concentration litigieuse, la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits²⁹ ». Par cet arrêt, la CJCE est même parvenue à évoquer le concept d'interchangeabilité³⁰, lequel a été utilisé comme instrument d'appréciation des frontières des marchés dans la première période de l'application du droit de la concurrence en Europe. Depuis lors, le marché pertinent est un concept courant auquel se réfèrent tant les textes de concurrence européens que la jurisprudence. Lorsque le premier règlement européen sur le contrôle des concentrations a été établi en 1989³¹, le marché pertinent a été expressément visé et le principe de délimitation du marché a été retenu en vue d'appréciation des opérations. Près de dix ans plus tard, l'année 1997 a marqué une évolution considérable de ce concept en droit européen avec la publication par la Commission d'une communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence³². La communication précise les critères et les méthodes que la Commission utilise pour délimiter le marché pertinent. Elle s'est révélée être un outil extrêmement important pour les entreprises qui cherchent à évaluer le risque d'application du droit européen de la concurrence à leur comportement.

5. La publication de cette communication confirme le rôle fondamental de la délimitation du marché pertinent dans l'analyse de concurrence qui a été mis en relief par la jurisprudence³³ de la

²⁹ *Id.*, attendu 32.

³⁰ *V. infra*, n° 712.

³¹ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE L 395 du 30 décembre 1989 (ci-après « Règlement 4064/89 »). Il a été remplacé par le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 21 jan. 2004, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004 (ci-après « Règlement 139/2004 »).

³² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 9 décembre 1997 (ci-après « Communication sur la définition du marché en cause »).

³³ La jurisprudence étant abondante, nous nous limitons à la citation de quelques références : arrêts de la CJCE du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c./Commission*, *op. cit.* ; du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, C-27/76, *Rec.* p. 207, attendu 10 ; du 11 déc. 1980, *NV L'Oréal et SA L'Oréal c./PVBA De Nieuwe AMCK*, C-31/80, *Rec.* p. 3775, attendu 25 ; du 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission*, C-322/81, *Rec.* p. 3461, para. 37 ; arrêts du TPICE du 12 déc. 1991, *Hilti AG c./Commission*, T-30/89, *Rec.* p. II-1439, para. 64 ; du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission* (Tetra Pak II), T-83/91, *Rec.* p. II-755, para. 63 ; du 17 déc. 2003, *British Airways plc c./Commission*, T-219/99, *Rec.* p. II-5917, para. 91 ; du 9 sept. 2009, *Clearstream Banking AG et Clearstream International SA c./Commission*, T-301/04, *Rec.* p. II-3155, paras. 48-49.

CJCE et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes³⁴ (TPICE). La Commission déclare dans la communication que la délimitation du marché en cause a souvent « *une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence*³⁵ ». Ce principe est devenu une exigence juridique lors de l'application des règles de la concurrence.

6. Cette exigence de délimitation du marché en droit est expliquée par l'importance que revêt le concept de pouvoir de marché³⁶. En principe, elle concerne tous les domaines du droit de la concurrence. En matière d'abus de position dominante, prévu à l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne³⁷ (TFUE), la délimitation du marché constitue une condition de fond pour la détermination de la position dominante³⁸. Son rôle puissant a été confirmé tant par la jurisprudence³⁹ que par la doctrine européennes⁴⁰. L'appréciation de

³⁴ Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes a été renommé Tribunal de l'Union Européenne (TUE).

³⁵ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 4.

³⁶ La Cour Suprême américaine l'a expressément reconnu. *V. United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966) : « *the offence of monopoly under §2 of the Sherman Act has two elements : (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the wilful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident* » ; *Graphic Products Distribution v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560, 1569 (11th Cir. 1983): « *in order to establish the defendant's market power, a plaintiff must first offer proof of a well-defined relevant market upon which the challenged anticompetitive actions would have had a substantial impact* ». Lors de la publication de sa communication sur la définition du marché en cause, la Commission européenne déclare (au point 3) que « *l'objet principal (de la définition du marché) est de cerner de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause. La définition d'un marché, tant au niveau des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective* ». Dans son discours sur « Policy Objectives in Merger Control », *Fordham Competition Conference*, 8 September 2011 (Speech/11/561), J. ALMUNIA, vice-président de la Commission européenne (2010 – 2014), a indiqué que « *la définition du marché en cause – et donc la mesure des parts de marché – demeure une étape utile de l'analyse. Les parts de marché nous donne une première indication du pouvoir de marché de l'entreprise qui résulterait de l'opération* » (nous traduisons), disponible sur le site https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-561_en.htm?locale=en (consulté le 23 septembre 2019). La doctrine partage cette constatation, v. M. GLAIS, « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Economie rurale*, n° 277-278, 2003, p 23-44, spéc. p. 42 : « *la conception antitrust de la délimitation des marchés part toujours de la question relative au risque d'émergence d'un pouvoir de marché* » ; C. MONTET, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 23, 2000, p. 5-13, spéc. p. 6 : « *l'objectif est de rechercher le plus petit ensemble en termes de produits et d'espaces géographique au sein duquel une firme ou des firmes [...] sont susceptibles d'exercer un pouvoir de monopole* » ; P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, 2010, p. 162 : « *La définition du marché aux fins de la politique de concurrence est (donc) directement liée à la notion de pouvoir de marché* » (nous traduisons).

³⁷ Il s'agissait de l'article ex 86 du Traité de Rome du 25 mars 1957, devenu l'article 82 du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

³⁸ CH. GAVALDA & G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, 3^e éd., 1999, p. 307.

³⁹ La CJCE a confirmé le rôle essentiel que joue la délimitation du marché pertinent dans l'arrêt *Continental Can*, déjà cité, tout en précisant également dans son attendu 34 que la délimitation suffisamment précise du marché à prendre en considération permet « *l'évaluation de la force comparée des entreprises sur un tel marché* ». Dans

l'existence d'un abus ou, en d'autres termes, l'analyse de la restriction de concurrence suppose également la délimitation du marché⁴¹ bien que celle-ci n'ait pas la même incidence selon le type d'abus⁴².

7. L'exigence de délimitation du marché vaut à plus forte raison en matière de contrôle des concentrations, puisque ce contrôle a pour objet premier d'empêcher des entraves significatives au libre jeu de la concurrence, notamment par la constitution ou le renforcement d'une position dominante⁴³. La déclaration de compatibilité ou non par la Commission européenne d'une opération de concentration avec le marché commun nécessite une évaluation précise *ex ante* des atteintes potentielles à la concurrence, ce qui revient à apprécier le pouvoir de marché des entreprises concernées et leur comportement à l'issue de l'opération⁴⁴. La délimitation du marché pertinent y est capitale. Elle est capitale, d'une part, parce qu'elle permet d'identifier les entreprises concurrentes, de calculer leurs parts de marché et d'évaluer les barrières à l'entrée, à partir desquels la Commission européenne va, en combinaison avec d'autres indices, déduire

Commercial solvents, elle déclare que c'est le marché sur lequel l'entreprise est en position dominante qu'il convient de délimiter, CJCE du 6 mars 1974, *Commercial Solvents c./Commission*, C-6-7/73, *Rec.* p. 223, attendu 19. Dans son arrêt *Michelin*, la CJCE souligne que « [...] aux fins de l'examen de la position, éventuellement dominante, d'une entreprise sur un marché déterminé, les possibilités de concurrence doivent être appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits [...] la délimitation du marché en cause sert à évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs », CJCE du 9 nov. 1983, *NV Nederlandsche banden Industrie Michelin c./Commission*, C-322/81, *Rec.* p. 3461, attendu 37.

⁴⁰ L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *Revue Internationale de droit économique*, 2005, p. 27-50, spéc. p. 42 : « la notion de position dominante renvoie à celle de marché et conduit a priori à une analyse en termes de marché » ; S. J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC & J. B. BLAISE, *Droit européen des affaires*, PUF, coll. Thémis, 1994, p. 245 : « [...] la détermination d'une position dominante doit être faite de façon concrète en fonction du marché en cause » ; L. FOCSANEANU, « L'abus de position dominante après l'arrêt Continental Can », *Revue du Marché Commun*, 1973, p. 145-159, spéc. p. 143 : « [...] le concept de la position dominante n'a de signification qu'en référence à un marché déterminé ».

⁴¹ Arrêt de la CJCE du 3 juill. 1991, *AKZO Chemie BV c./Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359, pt. 39-45 ; arrêt du TPICE du 1er avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum c./Commission*, T-65/89, *Rec.* p. II-389, pts. 92-93 ; du 6 oct. 1994, *Tetra Pak International SA c./Commission*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, pt. 115.

⁴² F. JENNY, Table ronde sur la « Délimitation du marché pertinent et entente », in Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 déc. 2000, *Gazette du Palais, Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire*, n° 313-314 du 9-10 nov. 2001, p. 1659 : « [...] il est clair qu'il y a une infraction au droit de la concurrence et que la question de savoir sur quel marché a lieu cette infraction est une question qu'on peut certes traiter si l'on en a envie, mais qui n'est pas strictement nécessaire à la mise en évidence de la pratique anticoncurrentielle ».

⁴³ Règlement 139/2004, *op. cit.*, récép. 26 et article 2 § 3.

⁴⁴ J. LÜCKING & S. SIMON, Definition of the Relevant Market (Part 3, Chapter 1), in G. DRAUZ & C. JONES (dir.), *EU Competition Law*, Volume II: Mergers and Acquisitions, Book I, Claeys & Casteels, 2^e éd., 2012, p. 166 ; V. ROSE & D. BAILEY, *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, 7^e éd., 2013, n° 4.014, p. 235 ; ICN, *Recommended Practices for Merger Analysis*, p. 4, disponible sur le site https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RPsforMergerAnalysis.pdf (consulté le 3 octobre 2019).

l'existence d'un pouvoir de marché substantiel. D'autre part, elle sert de cadre analytique pour l'évaluation des effets anticoncurrentiels⁴⁵, que ce soient des effets unilatéraux ou coordonnés. Ainsi, la délimitation du marché pertinent prend toute son ampleur en matière de concentrations. La CJCE a jugé que « *la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration*⁴⁶ ». Dans la mise en œuvre du règlement 139/2004, la Commission indique également que son appréciation des opérations de concentrations comprend normalement deux volets, à savoir une définition des marchés de produits et géographiques en cause, et une appréciation de l'opération sous l'angle de la concurrence⁴⁷. Une cohérence entre ces deux volets est par ailleurs exigée par la jurisprudence⁴⁸.

8. En matière d'entente, dont l'interdiction est prévue à l'article 101 TFUE⁴⁹, la question de savoir si la délimitation du marché est exigée a fait l'objet d'un débat parmi les juristes⁵⁰. Alors qu'il s'est mis majoritairement d'accord qu'il n'est pas nécessaire de délimiter le marché pertinent

⁴⁵ E. N. VARONA, A. F. GALARZA, J. F. CRESPO & J. B. ALONSO, *Merger Control in the European Union*, Oxford University Press, 2^e éd., 2005, n° 5.01, p. 87 ; ICN, *Merger Guidelines Workbook*, April 2006, para. A. 4, p. 16, disponible sur le site https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf (consulté le 3 octobre 2019) ; M. GLAIS, « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Economie rurale*, n° 277-278, 2003, p. 23-44, spéc. p. 41.

⁴⁶ Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, *France e.a. c./Commission*, C-68/94 et C-30/95, *Rec.* p. I-1375, pt. 143.

⁴⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, pt. 10 (ci-après « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales »).

⁴⁸ Arrêt du TPICE du 22 oct. 2002, *Schneider Electric SA c./Commission*, T-310/01, *Rec.* p. II-4071, paras. 185-186 (le Tribunal a reproché à la Commission d'avoir, pour certains produits, défini des marchés géographiques en cause comme étant de dimension nationale, mais identifié des problèmes concurrentiels uniquement à partir d'indices transnationaux).

⁴⁹ Il s'agissait de l'article ex 85 du Traité de Rome du 25 mars 1957, devenu l'article 82 du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

⁵⁰ De nombreux auteurs admettent l'exigence de la délimitation du marché en la matière. V. S. J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC & J. B. BLAISE, *Droit européen des affaires*, *op. cit.*, p. 236 : « [...] la qualification de pratique restrictive de concurrence passe nécessairement par une détermination du marché en cause » ; CH. GAVALDA & G. PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, Paris, Litec, 2^e éd., 1994, p. 492 : « [...] la concurrence [...] par certaines pratiques doit concerner un certain marché » ; J. B. BLAISE & L. IDOT, « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1995, p. 39 : « Les effets restrictifs ne peuvent être appréciés que par rapport à un marché donné, quelle que soit par ailleurs la qualification retenue » ; H. SCHRÖTER, « Le concept de "marché en cause" dans l'application des articles 66, paragraphe 7 du traité CECA et 86 du traité CEE », in *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Semaine de Bruges, De Temple, 1977 : « La question de savoir si une restriction de concurrence est visée par l'interdiction édictée à l'article 85, §1 CEE est analysée en fonction du marché sur lequel elle produit ses effets » ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer, 5^e éd., 2010, p. 118 : « Under Article 81, market definition is key in defining the potential anticompetitive effects of an agreement on the market ». D'autres estiment cependant que cet exercice ne présente aucun intérêt.

pour apprécier l'effet sensible sur le commerce entre États membres⁵¹, la CJCE a toujours reconnu le rôle important de cet exercice dans l'appréciation du caractère sensible⁵² de la restriction de la concurrence⁵³. Le TPICE a suivi le même raisonnement⁵⁴. La Commission a renforcé encore le rôle de la délimitation du marché en définissant, dans la communication *de minimis*⁵⁵, des seuils en termes de parts de marché pour identifier les accords qui ne restreignent pas sensiblement la

⁵¹ S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'affectation du commerce entre les États membres », in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, p. 51-84 ; D. BOSCO & C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, Primento, 2013, n° 343. Le débat parmi les juristes de l'exigence de délimitation du marché pour l'évaluation de l'effet sensible sur le commerce entre États a été lancé à l'issue de la déclaration de la CJCE dans l'arrêt *Völk* selon laquelle un accord échappe à la prohibition de l'article 81 §1 CE « lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante compte tenu de la faible position qu'occupent les parties sur le marché en cause ». Arrêt de la CJCE du 9 juill. 1969, *Franz Völk c./SPRL Ets J. Vervaecke*, C-5/69, Rec. p. 295, attendu 7.

⁵² L'effet sensible sur la concurrence est une condition d'applicabilité des articles (ex-81) 101 et (ex-82) 102 TFUE. En ce sens, v. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 §1 du traité instituant la Communauté européenne (Communication *de minimis*), JOCE C 368 du 22 déc. 2001, remplacé par la communication *de minimis* de 2014. À cet égard, v. *infra*, n° 222.

⁵³ Arrêts de la CJCE du 30 juin 1966, *Société Technique Minière c./Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U)*, C-56/65, Rec. p. 337, spéc. p. 360 : « [...] le jeu de la concurrence dont s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux [...] pour apprécier si un contrat assorti d'une clause concédant un droit exclusif de vente doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment [...] la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés » ; du 9 juill. 1969, *Franz Völk c./S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, C-5/69, Rec. p. 295, attendu 7 : « [...] un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause » ; du 14 juill. 1972, *ICI c./Commission*, C-48/69, Rec. p. 619, para. 68 : « [...] la question de savoir s'il y a concertation en l'espèce, ne peut donc être appréciée correctement que si les indices invoqués par la décision attaquée sont considérés non pas isolément, mais dans leur ensemble, compte tenu des caractéristiques du marché du produit en cause » ; du 28 fév. 1991, *Stergios Delimitis c./Henninger Bräu AG*, C-234/89, Rec. p. I-935, paras. 15-16 : « [...] il convient d'analyser [...] les effets que produit un contrat de fourniture de bière [...] une telle analyse requiert, tout d'abord, une délimitation du marché en cause ».

⁵⁴ Arrêt du TPICE du 10 mars 1992, *Societa Italiano Vetro c./Commission*, T-68/89 et 77/89, Rec. p. II-1403, para. 159 : « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel » ; du 15 juill. 1994, *Matra Hachette c./Commission*, T-17/93, Rec. p. II-595, para. 85 : « [...] il ne saurait, en principe, exister de pratique anticoncurrentielle qui, quelle que soit l'intensité de ses effets sur un marché déterminé, ne puisse être exemptée, dès lors que les conditions prévues par le paragraphe 3 de l'article 85 du traité sont cumulativement satisfaites [...] » ; du 8 juin 1995, *Langnese Iglo GmbH c./Commission*, T-7/93, Rec. p. II-1533, para. 60 : « [...] la délimitation du marché en cause est essentielle pour analyser les effets des contrats d'exclusivité sur le jeu de la concurrence [...] » ; du 5 juill. 2001, *Colin Arthur Roberts & Valérie Ann Roberts c./Commission*, T-25/99, Rec. p. II-1881, paras. 26-30 ; du 16 déc. 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied & Technische Unie BV c./Commission*, T-5/00 et T-6/00, Rec. p. II-5761, para. 123 : « [...] dans le cadre de l'application de l'article 81 CE, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut définir le marché en cause ».

⁵⁵ Communication *de minimis*, *op. cit.* En ce sens, les différentes communications et lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 101 TFUE utilisent également la part de marché pour apprécier les accords, à savoir Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, JOUE C 11 du 14 jan. 2011 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130 du 19 mai 2010.

concurrence, puis par les seuils en matière d'exemption. Si la jurisprudence reconnaît la nécessité de la délimitation du marché pertinent lors de l'application de l'article 101 TFUE, elle admet également qu'elle ne joue pas le même rôle que dans le cadre de l'application de l'article 102 TFUE⁵⁶. Alors que le marché fait l'objet d'une délimitation systématique dans ce dernier, il n'est délimité dans le premier cas que lorsqu'il est question d'apprécier le caractère sensible de la restriction de la concurrence.

9. En droit européen de la concurrence, la délimitation du marché ne sert pas exclusivement à l'appréciation du pouvoir de marché et à la définition des infractions aux règles de concurrence. Elle joue un rôle plus vaste car son exigence s'étend encore en matière de sanction et de renvoi préjudiciel. En effet, il est soutenu, tant en doctrine⁵⁷ qu'en droit positif⁵⁸, que la délimitation du marché est nécessaire pour apprécier l'importance de l'atteinte d'une pratique à la concurrence⁵⁹ et donc pour fixer le montant des sanctions. Les lignes directrices de la Commission européenne en la matière, révisées en 2006, se réfèrent d'ailleurs aux parts de marché pour déterminer

⁵⁶ Arrêt du TPICE du 6 juill. 2000, *Volkswagen AG c./Commission*, T-62/98, *Rec.* p. II-2707, para. 230 : « [...] il convient de rappeler que la délimitation du marché ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 85 du traité ou l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE). Dans le cadre de l'application de l'article 86 du traité, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité. En revanche, dans le cadre de l'application de l'article 85 du traité, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en litige est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut, le cas échéant, définir le marché en cause ». Par ailleurs, une erreur dans la délimitation du marché n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la décision si elle n'a pas d'effet sur l'application de la restriction de concurrence, v. L. VOGEL, Note de l'arrêt du TPICE du 8 juin 1995, *Shaller, Lebensmittel GmbH et Co KG c./Commission*, T-9/93, *Rec.* p. II-1615, *Contrats – Concurrence – Consommation*, n° 130, 1995.

⁵⁷ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Perpignan, Presse universitaire de Perpignan, coll. Études, 2000 ; C. FAVRE, Table ronde sur la « Délimitation du marché pertinent et entente », in Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 déc. 2000, *op. cit.*, p. 1663 : « l'existence et l'importance même d'un effet anticoncurrentiel et le dommage à l'économie qui en résulte doivent être pris en compte pour la détermination du montant de la sanction. Ce qui conduit à apprécier, dans la mesure du possible, l'incidence des pratiques sur le ou les marchés concernés et, partant, impose une délimitation de ce marché » ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 8^e éd., 2011 ; OCDE, *Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence*, DAF/COMP/GF (2016)14, 16 mai 2018 ; B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles », Séminaire NASSE du 3 mai 2016, disponible sur le site <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/424017> (consulté le 3 octobre 2019).

⁵⁸ V. *infra*, n° 50 et s.

⁵⁹ L'identification du dommage n'est pas une tâche aisée. Il est en effet nécessaire de déterminer en tout premier lieu à quoi le dommage est causé. A cet égard, v. *infra*, n° 282.

l'assiette de la sanction⁶⁰. Cette approche est par ailleurs soutenue par les arguments économiques⁶¹. En matière de renvoi préjudiciel⁶², un mécanisme qui n'existe qu'en droit européen, l'exigence de précision quant au contexte factuel et réglementaire demande qu'une ordonnance de renvoi comporte une délimitation du marché pertinent lorsqu'elle est soumise au juge de la CJUE pour une interprétation des règles de concurrence de l'Union européenne⁶³.

10. Certaines réglementations sectorielles, comme le cadre réglementaire des communications électroniques de 2002, se réfèrent également, pour leur mise en œuvre, à la procédure de délimitation du marché du droit de la concurrence. La directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002⁶⁴ exige en effet des autorités réglementaires nationales qu'elles définissent les marchés en conformité avec les principes du droit communautaire de la concurrence lorsqu'elles procèdent à une analyse *ex ante* de la position d'une entreprise sur un marché⁶⁵. Les nouvelles lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance de l'entreprise sur le marché en application de ce cadre réglementaire, qui sont publiées tout récemment, précisent la même procédure de délimitation du marché en cause que le droit de la concurrence⁶⁶.

11. D'un point de vue plus fondamental, la délimitation du marché permet de traduire une réalité économique dans le domaine du droit⁶⁷ et constitue donc un instrument d'analyse essentiel⁶⁸ en droit de la concurrence. Pourtant, les économistes n'ont jamais estimé nécessaire ou

⁶⁰ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JOUE C 210 du 1^{er} septembre 2006 (ci-après « Lignes directrices pour le calcul des amendes »).

⁶¹ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006 (t.XX,1), p. 11-46.

⁶² Le mécanisme de renvoi préjudiciel est prévu à l'article 267 TFUE (article ex 177 CEE, puis 234 TCE).

⁶³ V. *infra*, n° 312 et s.

⁶⁴ Ci-après « directive 2002/21/CE ». La directive a été modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, JOUE L 337/37 du 18 déc. 2009.

⁶⁵ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), JOCE L 108/33 du 24 avril 2002, article 14 §2.

⁶⁶ Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOUE C 159 du 7 mai 2018.

⁶⁷ D. S. EVANS, « Lightning up on market definition », in E. ELHAUGE (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, p. 53-89, spéc. p. 54 ; R. PODSZUN, « The Arbitrariness of Market Definition and an Evolutionary Concept of Markets », préc., spéc. p. 129.

⁶⁸ V. ROSE & D. BAILEY, *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, *op. cit.*, n° 4.001, p. 225-226 ; M. C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p. 7 ; M.

même utile d'établir les frontières des produits commercialisés sur le marché. Cette position a été particulièrement défendue dans les années 1930 – 1950 lorsque la théorie de la concurrence monopolistique, qui s'articule autour du lien entre la différenciation des produits et la position de monopole d'une entreprise, s'est répandue⁶⁹. Joan ROBINSON, l'un des deux principaux partisans de cette théorie, a considéré que le concept classique d'« industrie » ne correspondait généralement pas de très près au monde réel⁷⁰. Edward CHAMBERLIN, l'autre partisan, est allé plus loin en déclarant que les frontières de l'industrie ou de marchandises sont « un piège et une illusion⁷¹ ». Ce point de vue continue d'avoir ses partisans⁷².

12. Cependant, il n'a pas été partagé par toute la communauté des économistes. Edward MASON, l'un des économistes éminents et souvent considéré comme le père fondateur de l'organisation industrielle⁷³, a critiqué cette approche en faisant valoir que « *le marché et la structure du marché doivent être définis en fonction de la position d'un seul vendeur ou acheteur.*

C. BOUTARD-LABARDE & D. BUREAU, « La détermination du marché pertinent », *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, n° 11, 1993, p. 743-750.

⁶⁹ E. H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 8^e éd., 1948.

⁷⁰ J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, London, McMillan, 1^{er} éd., 1938, p. 17.

⁷¹ E. H. CHAMBERLIN, « Product Heterogeneity and Public Policy », *American Economic Review* (Paper & Proceedings of the Sixty-second Annual Meeting of the American Economic Association.), vol. 40, n° 2, 1950, p. 85-92, spéc. p. 86: « “Industry” or “commodity” boundaries are a snare and a delusion – in the highest degree arbitrarily drawn, and, wherever drawn, establishing at once wholly false implications both as to competition of substitutes within their limits, which supposedly stops at their borders, and as to the possibility of ruling on the presence or absence of oligopolistic forces by the simple device of counting the number of producers included ».

⁷² Le professeur Franklin FISHER, l'un des rares témoins devant la Cour du district de Columbia à l'occasion du procès Microsoft en 1999, a déclaré que « *market definition is an artificial construction created by antitrust litigation. For any other purpose of economic analysis, the binary question of whether particular firms or products are “in” or “out” of a given market is a meaningless one. Even in antitrust cases, that question is not a useful one if substantive results turn on the answer* », v. « Horizontal Mergers: Triage and Treatment », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, n° 2, 1987, p. 23-40, spéc. p. 27. R. SCHMALENSEE est d'avis que la définition du marché est aussi susceptible d'être trompeuse qu'instructive dans de nombreux cas, v. R. A. CASS & K. N. HYLTON, « Preserving Monopoly : Economic Analysis, Legal Standards and Microsoft », *George Mason Law Review*, vol. 8, 1999, p. 1-40, spéc. p. 18. Selon B. HAWK, la nécessité de délimiter le marché pertinent pour évaluer le pouvoir de marché est un « mal nécessaire », v. « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 25, n° 1, 1989, p. 5-44. CARLTON et PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, International edition, 4^e éd., 2005 estiment qu'« *en l'absence de [...] nécessité juridique, il est probable que peu d'études auraient été consacrées à cette question* » (nous traduisons). R. S. MARKOVITS, « Why One Should Never Define Markets or Use Market-Oriented Approaches to Analyze the Legality of Business Conduct under U.S. Antitrust Law: My Arguments and a Critique of Professor Kaplow's », *Antitrust Bulletin*, vol. 57, issue 4, 2012, p. 747-885 ; R. S. MARKOVITS, « Why Antitrust-Legality Analysis Should Never Be Market-Oriented: Comments on the Commentators », *Antitrust Bulletin*, vol. 57, issue 4, 2012, p. 961-978 ; R. S. MARKOVITS, *Economic and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law*, Vol. I: Basic Concepts and Economics-Based Legal Analyses of Oligopolistic and Predatory Conduct, Springer, 2014, spéc. chapitre 6, p. 165-181.

⁷³ H. W. DE JONG & W. G. SHEPHERD, *Pioneers of Industrial Organization: How the Economics of Competition and Monopole Took Shape*, Edward Elgar, 2007, p. 197.

*La structure de l'entreprise d'un vendeur comprend donc toutes les considérations dont il tient compte pour déterminer ses politiques et pratiques commerciales. Son marché comprend tous les acheteurs et vendeurs, quel que soit le produit, dont il considère que l'action influence son volume de ventes*⁷⁴ ». Son approche a été suivie par d'autres auteurs dont BAIN⁷⁵ et STIGLER⁷⁶.

13. La montée de l'intervention politique sur divers marchés et une meilleure compréhension de la structure institutionnelle de la production ont amené les économistes universitaires à considérer un marché comme un espace bien défini avec des limites claires⁷⁷. En effet, déjà depuis le début des années 1970, plusieurs économistes éminents se sont émus du manque de l'étude du marché par la science économique. Ainsi, le professeur COASE a regretté que la théorie économique n'ait pas étudié davantage le marché en tant que mécanisme institutionnel gouvernant les échanges tout en soulignant que si elle ne parvenait pas un jour à un système de gouvernance limité et que le système économique était clairement perçu comme concurrentiel, elle n'aurait aucune explication quant à la façon dont les activités exercées dans le système économique sont réparties entre les entreprises. Il a donc énergiquement suggéré que les économistes devraient aborder le problème de la manière dont il est perçu par les juristes et l'analyser à partir de ce que les juges déclarent⁷⁸. Le professeur STIGLER, dans un discours, a affirmé la faible contribution des économistes à la délimitation du marché, que ce soit au niveau théorique ou empirique⁷⁹. L'affirmation a été partagée par le professeur HOROWITZ⁸⁰.

⁷⁴ E. S. MASON, « Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises », *American Economic Review* (Papers & Proceedings of the 51st Annual Meeting of the American Economic Association), vol. 29, n° 1, 1939, p. 61-74, spéc. p. 69.

⁷⁵ J. S. BAIN, *Pricing, Distribution, and Employment*, New York, Henry Holt & Co., 1948.

⁷⁶ G. J. STIGLER, *op. cit.*

⁷⁷ W. H. BOSHOFF, « Why define markets in competition cases? », *Stellenbosch Economic Working Papers*, 10/13, May 2013.

⁷⁸ R. H. COASE, « Industrial Organization: A Proposal for Research », in Victor R. U. FUCHS (dir.), *Economic Research: Retrospect and Prospect*, Vol. 3: Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization, National Bureau of Economic Research (éd.) 1972, p. 59-73, spéc. p. 67.

⁷⁹ G. J. STIGLER, « The Economists and the Problem of Monopoly », *American Economic Review*, vol. 72, n° 2, 1982, p. 1-11, spéc. p. 9 : « *My lament is that this battle on market definitions, which is fought thousands of times what with all the private antitrust suits, has received virtually no attention from us economists. Except for a casual flirtation with cross elasticities of demand and supply, the determination of markets has remained an undeveloped area of economic research at either the theoretical or empirical level* ».

⁸⁰ I. HOROWITZ, « Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-based Approach », *Southern Economic Journal*, vol. 48, n° 1, 1981, p. 1-16, spéc. p. 1-2 : « *Because economists, from Adam Smith forward, have with confidence and enthusiasm, although not necessarily with shared views, written about markets, it is plausible to expect that they would have had quite a bit to contribute to the resolution of the market-definition issue. Plausible, but erroneous* ».

14. La volonté d'appréhender le marché *antitrust* est apparue fin des années 1970 lorsque, avec le développement d'une littérature économique abondante, les économistes ont tenté de le délimiter. Lawrence SULLIVAN a défini le « *relevant market* » comme étant « *le marché le plus étroit et suffisamment large pour que les produits provenant de zones adjacentes ou d'autres producteurs de la même zone ne puissent pas entrer en concurrence sur un pied d'égalité avec ceux qui sont présents sur le marché*⁸¹ ». George WERDEN considère qu' « *un marché aux fins du droit de la concurrence est tout produit ou groupe de produits et toute zone géographique dans laquelle une action collective de toutes les entreprises (par collusion ou fusion) aboutirait à un prix maximisant les bénéfices qui dépasse largement le prix concurrentiel*⁸² ».

La remise en cause de la délimitation du marché pertinent

15. Or, la question de la délimitation du marché n'a jamais été résolue une fois pour toute. L'intrusion de l'analyse économique en droit de la concurrence est le sujet qui fâche⁸³. Depuis le début de cette décennie, le professeur Louis KAPLOW, le fervent partisan le plus récent de l'hostilité à l'égard de la délimitation du marché, a remis en question cette procédure tout en faisant valoir qu'elle devrait être abandonnée⁸⁴. À la même période, Carl SHAPIRO et Joseph FARRELL ont proposé le test *Upward Pricing Pressure*⁸⁵ (UPP) comme alternative à la délimitation du marché pertinent pour apprécier les fusions ayant lieu sur des marchés de produits différenciés. Plusieurs tests dérivés suivant le même principe ont ensuite été élaborés. De leur point de vue et aussi des économistes en général, le marché n'a qu'une fonction dans l'analyse concurrentielle qui est l'instrument de mesure du pouvoir de marché⁸⁶. Si le pouvoir de

⁸¹ L. A. SULLIVAN, *Handbook of The Law of Antitrust*, Minnesota, West Publishing Company, 1977, préface.

⁸² G. J. WERDEN, « The Use and Misuse of Shipments Data in Defining Geographic Markets », *Antitrust Bulletin*, vol. 26, issue 4, 1981, p. 719-738, spéc. p. 721.

⁸³ D. DANET, « La science juridique, serviteur ou maître de la science économique », *Revue internationale de droit économique*, 1993, p. 4-27.

⁸⁴ L. KAPLOW, « Why (ever) Define Markets? », *Harvard Law Review*, vol. 124, 2010, p. 437-517 ; L. KAPLOW, « Market Definition: Impossible and Counterproductive », *Antitrust Law Journal*, vol. 79, issue 1, 2013, p. 361-380.

⁸⁵ Le test a été présenté par ses auteurs à un colloque en 2008. Il a été révisé et publié deux ans plus tard. C. SHAPIRO & J. FARRELL, « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », *B. E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, issue 1 (Policies – Perspectives), Article 9, 2010.

⁸⁶ P. E. AREEDA & D. F. TURNER, *Antitrust Law*, 1978, ¶ 508 et 512 ; R. G. HARRIS & T. M. JORDE, « Antitrust Market Definition: An Integrated Approach », *California Law Review*, vol. 72, n° 1, 1984, p. 1-67, spéc. p. 4 : « *The purpose of defining a market is to help measure a firm's power over price and output, or its power to foreclose markets* » ; R. PITOFISKY, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », préc., spéc. p. 1806 et 1810 : « *“Definition of relevant market” is an effort to describe the array of firms that currently produces or potentially will produce products that are sufficiently close substitutes to take business away from any firm or group of firms that attempts to exercise market power. [...] Because market power is not ascertainable*

marché⁸⁷ pouvait être mesuré directement, la délimitation du marché serait alors inutile. Depuis lors, les débats sur le rôle changeant de la délimitation du marché pertinent et son possible remplacement par des outils économétriques en vue d'une analyse directe des effets anticoncurrentiels en matière de concentrations et de pratiques anticoncurrentielles ont été relancés par les économistes et les juristes qui sont tant académiques que professionnels. Ils ont pris cette fois-ci une dimension plus fondamentale, en particulier lorsque les autorités américaines de la concurrence ont révisés en 2010 les *Horizontal Merger Guidelines*⁸⁸ en adoptant l'approche selon laquelle l'analyse d'une fusion ne doit pas nécessairement débiter par la délimitation du marché pertinent⁸⁹.

16. Cette remise en question de la délimitation du marché a été provoquée surtout dans le contexte où le développement rapide actuel des technologies dans les secteurs tels que la communication électronique et la technologie médicale, ainsi que des transactions sur les plateformes bifaces, peut très rapidement mouvoir les frontières des marchés et modifier la situation concurrentielle des entreprises. On ne peut pas nier qu'il est délicat de délimiter des marchés pertinents dans des secteurs fortement dynamiques et que la part de marché qui en découle peut ne pas être d'une grande utilité. Dans l'hypothèse où la Commission européenne ou les autorités de concurrence disposent de toutes les données et de la compétence requises pour mettre en œuvre ces nouvelles méthodes et ainsi évaluer directement les effets anticoncurrentiels d'une pratique ou d'une opération de concentration sur ces marchés spécifiques, une telle évaluation directe serait préférable à l'approche traditionnelle de délimitation du marché.

*directly, it has come to be measured by a three-step process. First, a market is "defined" [...] » ; P. AREEDA & L. KAPLOW, Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases, New York, Aspen Law & Business, 5^e éd., 1997, n° 339 et s. ; G. J. WERDEN, « Four Suggestions on Market Delineation », *Antitrust Bull.*, vol. 37, 1992, p. 107-121, spéc. p. 108 : « Markets are tools used to aid in the assessment of market power-related issues [...] this step (market delineation) is the identification of who might exercise market power » ; J. A. KEYTE, « Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 3, 1995, p. 697-748 : « It is generally accepted that market definition, merely provides an analytical framework for assessing market power » ; S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet & Maxwell, 3^e éd., 2010, n° 4-003, p. 110 ; R. J. VAN DEN BERGH & P. D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, Sweet & Maxwell, 2001, p. 96 ; A. J. PADILLA, « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market in Merger Control », *Report for DG Enterprise A/4, European Commission*, 2001, disponible sur le site https://ec.europa.eu/growth/content/role-supply-side-substitution-definition-relevant-market-merger-control-0_fr (consulté le 3 oct. 2019), p. 14.*

⁸⁷ Il n'existe pas une définition unanime du pouvoir de marché. Celui-ci s'entend largement comme la capacité d'une entreprise de pratiquer de façon rentable pendant une durée significative ses prix au-dessus du prix concurrentiel. En ce sens, v. *infra*, n° 44.

⁸⁸ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 19 August 2010 (ci-après « *Horizontal Merger Guidelines* »)

⁸⁹ *Id.*, Section 4.

Toutefois, les nouvelles méthodes constituent un outil d'analyse complexe⁹⁰ et extrêmement difficile⁹¹. Dans la plupart des cas, elles soulèvent des doutes quant à leur robustesse pour de multiples raisons, mais principalement en raison de l'indisponibilité des données nécessaires à leur mise en œuvre et de nombreuses hypothèses, qu'il est en pratique difficiles de vérifier, sur lesquelles ces méthodes reposent.

17. Les débats, qui minorent l'importance de la délimitation du marché, semblent plus ouverts aux États-Unis qu'en Europe puisque le terme de marché n'est pas utilisé dans les textes législatifs américains mais bien dans les traités, les textes législatifs et réglementaires de l'Union européenne. Un abandon *pur et simple* de la délimitation du marché pourrait donc avoir des conséquences énormes sur le plan juridique. Elles semblent cependant ignorées par les partisans à l'abandon de cette procédure.

18. L'incertitude juridique est un problème omniprésent. Le droit de la concurrence en est particulièrement impacté, *inter alia*, en raison de l'empreinte des théories économiques⁹². Le remplacement de la délimitation du marché par les méthodes économiques pose alors la question de savoir si ces dernières permettent effectivement de prévenir les situations d'insécurité juridique ou au contraire, aggraver le niveau actuel de certitude juridique. Par ailleurs, s'il est espéré que les méthodes alternatives s'avèrent plus robustes et plus efficaces pour l'analyse

⁹⁰ J. E. LOPATKA, « Market Definition? », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1/2, 2011, p. 69-93, spéc. p. 86-88.

⁹¹ R. PITOFISKY, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », préc., p. 1808.

⁹² S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, op. cit., n° 1-002, p. 2 : « [...] many of the key concepts of competition law – for example, the concepts of “competition”, “monopoly”, “oligopoly” and “barriers to entry” – are concepts derived not from law, nor from sociology or political science, but from economics. The application of competition law cannot therefore properly take place without regard to economic considerations ». Les auteurs ont cité R. SCHMALENSEE, « On the Use of Economic Models in Antitrust: The ReaLemon Case », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, p. 994-1050: « Unless economic efficiency is held to be of no importance, one can no more avoid the use of economic models in this context than one can avoid speaking prose ». En ce sens, v. également B. E. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour l'Europe ? », op. cit. ; F. SOUTY, « Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux États-Unis, les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, vol. 79, 1994, p. 32-40 ; L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 605-614, spéc. n° 15, p. 610 ; J. S. KINGDON, « Economic Arguments in Anti-Trust Cases: An American Litigator's Perspective », *European Competition Law Review*, 1987, p. 371-385, spéc. p. 372 ; J. P. SLOT, « A View from the Mountain: 40 Years of Development in Competition Law », *Common Market Law Review*, vol. 41, n° 2, 2004, p. 443-473, spéc. p. 444 : « the objectives of competition policy are primarily based on economic theory » ; D. GERBER, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, p. 107-129, spéc. p. 111 : « il est [...] acquis que les objectifs du droit de la concurrence sont déterminés par la seule théorie économique, de sorte que ne reste en débat que le contenu de cette théorie ».

concurrentielle, il n'en demeure pas moins qu'elles risquent de réduire la prévisibilité des entreprises car, d'une part, elles s'attachent directement aux effets qui sont propres à chaque affaire, et d'autre part, elles peuvent entraîner des résultats très variables. Cela est particulièrement grave en matière de contrôle des concentrations car les conséquences des décisions erronées, et les annulations qui peuvent en résulter, peuvent s'avérer les plus dommageables, tant pour les parties que pour l'économie en général⁹³. En outre, l'abandon de la délimitation du marché est également synonyme de l'abandon de la référence, dans des affaires ultérieures, par la Commission européenne et les juges, à la jurisprudence qui est établie depuis près de cinquante ans. Cela ne peut que renforcer l'imprévisibilité des entreprises auxquelles les règles de concurrence sont imposées. On peut donc s'interroger si la sécurité juridique, qui est un principe à la fois directeur et régulateur⁹⁴, demeurerait une boussole guidant les décisions des juges et une garantie assurant aux entreprises l'anticipation des décisions de ces derniers.

19. Sur un plan plus fondamental, la suppression du marché pertinent pourrait provoquer un changement radical de toute une série de textes législatifs⁹⁵ et réglementaires⁹⁶ qui se réfèrent, de manière directe ou indirecte, au marché.

20. D'un point de vue pratique, l'utilisation des méthodes économétriques requiert sans doute une connaissance économique. Pourtant, si la Commission européenne dispose maintenant d'une

⁹³ F. JENNY, « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *Revue de l'Observatoire française des conjonctures économiques* (l'OFCE), n° 100, 2007, p. 85-120, spéc. p. 86.

⁹⁴ J-M. SAUVÉ, « Entreprise et la sécurité juridique », discours d'ouverture du colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État, 21 nov. 2014, disponible sur le site <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-entreprise-et-la-securite-juridique> (consulté le 3 oct. 2019).

⁹⁵ À titre d'exemple, l'article 102 TFUE, qui interdit l'abus de position dominante, exige « *une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* » ; l'article 101 §1 TFUE interdit des accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence « *à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ».

⁹⁶ Le Règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations établit, à son article 2 §3, comme critère d'incompatibilité des concentrations qui « *entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* ». Il exige également de la Commission européenne qu'elle tienne compte, dans son appréciation d'une opération de concentration, « *de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause* » (article 2 §1) ; Le Règlement (UE) n° 330/2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 102 du 23 avril 2010 (ci-après « Règlement 330/2010 »), prévoit que l'article 101 §3 TFUE n'est pas applicable si les entreprises concernées détiennent des parts de marché supérieures à un certain seuil ; Le Règlement (UE) n° 461/2010 du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JOUE L 129 du 28 mai 2010 (ci-après « Règlement 461/2010 ») stipule, à l'article 6 qu'il n'est pas applicable aux accords verticaux qui comportent des réseaux parallèles de restrictions verticales similaire couvrant plus de 50% d'un marché en cause.

équipe d'économistes hautement qualifiés⁹⁷ qui est capable d'employer des outils sophistiqués, les juges européens ne sont pas ou peu formés à l'économie. Cela pose la question de l'écart non négligeable entre les tâches que les juges sont tenus d'exercer et celles qu'ils sont en réalité capables d'exercer si l'utilisation des techniques économiques se généralise⁹⁸. Cette contrainte institutionnelle ne doit pas être sous-estimée car les juges, en l'absence de délimitation du marché avec laquelle ils sont familiers, rendraient vraisemblablement davantage de jugements erronés⁹⁹. Pour les jeunes autorités de la concurrence, comme c'est le cas pour le Vietnam, on peut poser la question de savoir si elles devraient sauter les étapes pour évoluer et se lancer ainsi directement dans une analyse des effets anticoncurrentiels à l'aide des nouvelles techniques économiques.

21. Dans une économie mondialisée, les transactions et les pratiques exercées par les entreprises ne se limitent plus dans un pays particulier mais s'étendent au niveau mondial. La situation apparaît critique lorsqu'elles doivent être examinées par plusieurs autorités de la concurrence qui adoptent pourtant des méthodes d'analyses de fond différentes. Dans de tels cas, on se trouve face à un sérieux problème de portée internationale car les décisions à propos d'une même opération ou pratique risquent d'être contradictoires. L'expérience de la Commission européenne et de ses homologues américaines par le passé l'a bien démontré. Le problème est particulièrement critique en matière de contrôle des concentrations si les opérations transnationales doivent être notifiées à différentes autorités de la concurrence.

À la recherche d'une méthode de délimitation du marché pertinent

22. S'il existe toujours le décalage entre les juristes et les économistes en ce qui concerne la question de savoir *pourquoi* délimiter le marché pertinent, leurs points de vue convergent sur la question de savoir *comment* délimiter le marché. En effet, pour délimiter le marché pertinent, une

⁹⁷ La Commission européenne est dotée d'une équipe de trente économistes dont la plupart sont docteurs expérimentés en économie industrielle. À s'y a joute un Groupe consultatif sur la politique de la concurrence (EAGCP) composé de vingt économistes européens principalement universitaires.

⁹⁸ J. B. BAKER & T. F. BRESNAHAN, « Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power », in P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Massachusetts, 2008, p. 1-42, spéc. p. 29.

⁹⁹ D. W. CARLTON, « Revising the Horizontal Merger Guidelines », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, issue 3, 2010, p. 619-652.

appréciation économique est en principe indispensable¹⁰⁰. Les contributions énormes des économistes dans l'élaboration des méthodes auxquelles les autorités de la concurrence ont recours afin de cerner les contours du marché est indéniable¹⁰¹.

23. La substituabilité, notion clé à laquelle se réfère la jurisprudence tant européenne que nationale en vue de déterminer le périmètre de marché, repose à l'origine sur le concept économique de l'élasticité-prix croisée de la demande¹⁰². Celui-ci se définit comme la variation relative de la demande d'un produit suite à une variation relative du prix d'un autre. L'appréciation de la substituabilité a fait l'objet d'une évolution très importante. En effet, dans leur analyse initiale, l'approche de la Commission européenne et des juges s'intéressait à appréhender les produits ou services¹⁰³ en soi de façon objective. Concrètement, elle s'est focalisée sur les critères qualitatifs, à savoir les caractéristiques intrinsèques des produits¹⁰⁴, leur usage¹⁰⁵ et leur prix¹⁰⁶ afin d'apprécier la substituabilité entre produits. Cette méthode qualitative¹⁰⁷ offre des avantages en termes de rationalité¹⁰⁸ et de réalisme¹⁰⁹. Elle constitue

¹⁰⁰ Arrêt du TPICE du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission (Tetra Pak II)*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, para. 91 : « *La définition du marché géographique relève donc, tout comme celle du marché des produits, d'une appréciation économique* ».

¹⁰¹ W. E. KOVACIC & C. SHAPIRO, « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, 2000, p. 43-60 : « *Le recours à l'économie contribue à fournir des fondements robustes sur la base desquels les politiques de concurrence vont se développer durant le XX^{ème} siècle* » (nous traduisons).

¹⁰² J. W. HATFIELD, S. D. KOMINERS, Z. NICHIFOR, M. OSTROVSKY & A. WESTKAMP, « Full Substitutability », *Working Paper in the Proceedings of the 16th ACM Conference on Electronic Commerce*, 29 August 2017, p. 9-10: « *In the literature on economies with indivisible goods, it is standard to formulate substitutability in terms of (multi-valued) demand functions and to consider disadvantageous price changes, i.e. increases in input price or decrease in output prices* ».

¹⁰³ Dans le cadre de l'étude, les références aux « produits » ou aux « biens » comprennent les produits et services, sauf indication contraire du contexte.

¹⁰⁴ Arrêt de la CJCE du 21 fév. 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can c./Commission*, C-6/72, préc., attendu 32.

¹⁰⁵ La jurisprudence étant abondante, nous nous limitons à la citation de quelques jurisprudences : arrêts de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, C-85/76, *Rec.* p. 461, para. 28 ; du 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission*, C-322/81, préc., paras. 39, 51-52 ; arrêt du TPICE du 9 sept. 2009, *Clearstream Banking c./Commission*, T-301/04, *Rec.* p. II-3155, para. 49 ; arrêt du Tribunal du 28 avril 2010, *Amann & Söhne c./Commission*, T-446/05, *Rec.* p. II-1255, para. 67 ; décisions de la Commission du 6 jan. 2010, COMP/M.5644, *Kraft Foods/Cadbury*, JOUE C 29 du 5 fév. 2010, para. 22 ; du 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*, JOUE C 9 du 12 jan. 2018, paras. 145-153.

¹⁰⁶ À titre d'exemple, décisions de la Commission du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, JO L 32/23 du 6 fév. 2007, paras. 369-382 ; du 11 juin 2003, COMP/M.3056, *Celanese/Degussa/European Oxo Chemicals*, JOUE L 38 du 10 fév. 2004, para. 25 ; arrêt de la CJUE du 6 déc. 2012, *AstraZeneca c./Commission*, C-457/10P, *Rec.* numérique, paras. 56-59.

¹⁰⁷ La méthode a été proposée par l'économiste LANCASTER dans ses travaux sur la théorie du consommateur. K. J. LANCASTER, « A New Approach to Consumer Theory », *Journal of Political Economy*, vol. 74, n° 2, 1966, p. 132-157 ; K. J. LANCASTER, « Change and Innovation in the Technology of Consumption », *The American*

souvent le point de départ dans l'appréciation de l'étendue du marché des produits en cause par la Commission¹¹⁰ et les juges¹¹¹. En droit vietnamien, elle occupe une place essentielle dans cette procédure¹¹², les méthodes quantitatives n'étant pas visées. D'un point de vue pratique, la méthode qualitative permet de limiter l'ensemble des possibilités de substitution à celles qui sont plausibles et donc d'éviter de vérifier toutes les possibilités dans chaque affaire, ce qui est un travail énorme, sinon impossible¹¹³. Dans certains cas, tels que les marchés de produits pharmaceutiques, une analyse des caractéristiques techniques et physiques des produits est même suffisante à écarter toute autre possibilité de substitution. Toutefois, l'appréciation de la substituabilité à l'aide de la méthode qualitative a été souvent critiquée pour sa grande simplicité qui ne permettrait pas de parvenir à une conclusion fiable de l'inclusion ou de l'exclusion d'un produit dans un marché. Ces critiques ont été particulièrement vives¹¹⁴ à l'issue du fameux arrêt *United Brands* dans lequel la CJCE est parvenue à la conclusion de la non-substituabilité entre les bananes et d'autres fruits sur la base des seules caractéristiques des premiers¹¹⁵.

24. La perception de la substituabilité des produits par les consommateurs change lorsque les prix changent, le prix guidant effectivement la décision d'acheter des consommateurs¹¹⁶. Depuis la fin des années 1970, s'est développée une abondante littérature économique dans laquelle les économistes se sont appuyés sur les données de prix pour élaborer des méthodes de délimitation

Economic Review, vol. 56, n° 1/2, 1966, p. 14-23 ; K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, New York & London, Columbia University Press, 1971.

¹⁰⁸ P. DIDIER & Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Paris, Economica, 2006, n° 629, p. 524.

¹⁰⁹ La méthode correspond à la pratique des entreprises pour lesquelles la différenciation de produits portant sur les caractéristiques constitue un complément stratégique. En ce sens, v. A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, Paris, Economica, 1998, p. 358. Pour la stratégie de différenciation de produits, v. *infra*, n° 342 et s.

¹¹⁰ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 36.

¹¹¹ Les références citées aux notes 100, 101 et 102 ci-dessus.

¹¹² Le décret n° 116/2005/NĐ-CP relatif à l'application précise de certaines dispositions de la loi de la concurrence de 2004 (ci-après « Décret 116/2005/NĐ-CP ») énonce dans son article 4 §5 que « *sont considérés comme substituables au point de vue de leurs caractéristiques des produits ou services possédant de même caractéristiques physiques et chimiques et de mêmes influences supplémentaires aux utilisateurs [...] et au point de vue de leur usage des produits ou services possédant le même usage* » (nous traduisons).

¹¹³ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, 2010, p. 166.

¹¹⁴ P. DIDIER & Ph. DIDIER, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 639, p. 530 : « *la Cour a inventé l'image que les consommateurs se faisaient de la banane plus qu'elle ne l'a prouvée* ».

¹¹⁵ Arrêt de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, *op. cit.*, attendu 22.

¹¹⁶ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 16 : « *Le prix peut être considéré comme l'une des façons dont les produits seront "similaires" ou "différents" aux yeux des consommateurs* » (nous traduisons).

du marché¹¹⁷. Il était entendu que, pour appartenir à un même marché, les produits n'ont pas besoin d'être parfaitement substituables, ne doivent pas forcément présenter des caractéristiques identiques et n'ont pas à avoir des prix identiques¹¹⁸. Les premières tentatives de délimiter quantitativement le marché pertinent se concentrent sur l'observation des mouvements de prix afin de déterminer la relation entre le prix et le produit et d'en déduire ainsi la substituabilité entre produits. Elles ont donné lieu à l'élaboration, *inter alia*, des tests de corrélation¹¹⁹, de stationnarité¹²⁰, du choc¹²¹, de Elzinga-Hogarty¹²², de causalité de Granger¹²³ et de co-intégration¹²⁴. L'analyse des niveaux de prix¹²⁵ en fait également partie. Ces tests sont généralement simples dans leur application, mais peuvent être d'une utilité limitée car certains se reposent sur des données observables, à savoir les données d'importation et d'exportation, d'autres sur l'hypothèse que si les prix de deux produits évoluent dans le même sens, ils sont susceptibles d'être en concurrence sur le même marché. Ces raisonnements ont essuyé diverses critiques¹²⁶, principalement parce qu'ils ne permettent pas de démontrer de manière satisfaisante la relation de substitution entre les produits¹²⁷. Par ailleurs, leur simplification ne permet pas une analyse minutieuse et rigoureuse qu'exige la Commission européenne¹²⁸. Il convient également de souligner que si les tests peuvent être utiles pour identifier les marchés économiques, ils peuvent ne pas déterminer les marchés *antitrust* en cause¹²⁹. L'évolution considérable de la théorie économique dans les années 1980, en particulier de la théorie des jeux, a donné lieu à des

¹¹⁷ N'est pas connu l'auteur qui a proposé pour la première fois de délimiter les marchés antitrust à l'aide d'un critère de prix fondé sur une définition classique du marché ou celui qui s'est engagé pour la première fois à procéder à la délimitation du marché à l'aide d'un tel critère. Toutefois, l'idée d'une telle délimitation en dehors du contexte antitrust peut être attribuée à JEVONS, qui a suggéré des lois générales concernant l'effet des variations des prix d'un produit sur les prix des autres produits. La variation des prix d'un produit tendant à affecter dans la même direction les prix de tous les produits similaires. V. G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, vol. 8, 1993, p. 329-353, note 2.

¹¹⁸ J. ROBINSON, *Economics of Imperfect Competition*, London, McMillan, 2^e éd., 1966.

¹¹⁹ V. *infra*, n° 885 et s.

¹²⁰ V. *infra*, n° 894 et s.

¹²¹ V. *infra*, n° 905 et s.

¹²² V. *infra*, n° 920 et s.

¹²³ V. *infra*, n° 934 et s.

¹²⁴ V. *infra*, n° 938 et s.

¹²⁵ V. *infra*, n° 914 et s.

¹²⁶ D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*, Wolters Kluwer, 4^e éd., 2016, p. 202-206.

¹²⁷ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *op. cit.*

¹²⁸ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 39.

¹²⁹ P. COE & D. KRAUSE, « An Analysis of Price-based Tests of Antitrust Market Delineation », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, issue 4, 2008, p. 983-1007, spéc. p. 2.

méthodes qui délimitent le marché pertinent par référence au pouvoir de marché¹³⁰. Ces méthodes, qui combinent une expertise économique beaucoup plus approfondie que les tests fondés sur l'observation des mouvements de prix, se focalisent sur la mesure des contraintes de prix des produits en analysant les systèmes de fonctions de demande. Le test du monopoleur hypothétique (TMH) a été le résultat de cette approche. Introduit en premier lieu dans les *Horizontal Merger Guidelines*¹³¹ américaines de 1982, le TMH a été adopté en substance par de nombreuses autorités de concurrence¹³² et par la Commission européenne dans sa communication de 1997 sur la définition du marché en cause¹³³. La logique économique du test consiste dans la nécessité d'un nombre suffisant de consommateurs qui sont prêts à passer d'un produit à l'autre en réponse à une hausse des prix pour que les produits soient inclus dans le même marché. Partant de cette logique, le TMH pose la question de savoir si un monopoleur hypothétique d'un group particulier de produits *pourrait*¹³⁴ augmenter les prix de ces produits de manière permanente et rentable d'un montant faible mais significatif et non transitoire (SSNIP). Un marché pertinent est l'ensemble de produits le plus réduit pour lequel un monopoleur hypothétique pourrait imposer une SSNIP. En droit européen, une augmentation du prix est jugée faible mais significative et non transitoire lorsqu'elle se situe entre 5% et 10%¹³⁵ et perdure pendant une période d'au moins un an. La mise en œuvre du test nécessite que le nombre de consommateurs dit marginaux, c. à. d. ceux qui se tournent vers d'autres produits en réponse à l'augmentation du prix du produit en cause, soit calculé et la rentabilité de cette augmentation

¹³⁰ Cette approche est logique dans la mesure où d'un point de vue économique, la délimitation du marché et l'appréciation du pouvoir de marché sont les deux facettes d'une même recherche. V. R. JOLIET, « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 5, n° 4, 1969, p. 645-696, spéc. p. 649-650.

¹³¹ U.S. Department of Justice, *Merger Guidelines*, 1982 (ci-après *Horizontal Merger Guidelines de 1982*), disponible sur le site <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11248.pdf> (consulté le 12 septembre 2019).

¹³² La liste des autorités qui ont adopté le TMH est fournie dans S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet & Maxwell, 2^e éd., 2002, Table 4.1, p. 88. D'autres autorités ont été listées dans UNCTAD, « The Use of Economic Analysis in Competition Cases », TD/B/C.I/CLP/4, 28 April 2009, disponible sur le site https://unctad.org/en/Docs/ciclpd4_en.pdf (consulté le 13 oct. 2019).

¹³³ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 15.

¹³⁴ Il existe une différence importante entre le TMH utilisé par la Commission européenne et celui utilisé par les autorités américaines : la question posée par la première est de savoir si un monopoleur hypothétique ferait plus de profits si les prix étaient de 5 à 10% plus élevés que le niveau actuel alors que celle posée par les dernières est de savoir si un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice serait en mesure d'augmenter les prix de 5 à 10% par rapport au niveau de prix actuels. À cet égard, v. F. I. JOHNSON, « Two Approaches to Market Definition under the Merger Guidelines », in R. O. ZERBE (dir.), *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 227-234.

¹³⁵ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 17.

évaluée. Pour cela, les économistes ont élaboré les méthodes d'élasticité-prix de la demande¹³⁶ et d'élasticité-prix croisée de la demande¹³⁷ sur lesquelles la Commission européenne s'appuie largement afin d'estimer la réactivité de la demande en réponse à une SSNIP et d'en déduire ainsi la substituabilité entre produits. La délimitation du marché basée sur ces méthodes dans la pratique rencontre cependant des difficultés et des limites en droit, notamment au niveau de la preuve¹³⁸, des procédures à mettre en œuvre pour obtenir des données requises¹³⁹ ainsi que de la disponibilité de celles-ci. La mise en œuvre du TMH a été considérablement améliorée par l'analyse de la perte critique (*Critical Loss Analysis – CLA*), une technique développée par HARRIS et SIMONS¹⁴⁰ en 1989 et considérée comme l'un des éléments majeurs de l'application moderne de la législation en matière de fusions¹⁴¹. Bien qu'elle ne soit pas souvent appliquée explicitement par la Commission, la CLA a récemment commencé à gagner du terrain dans sa pratique en matière de contrôle des concentrations.

25. L'emploi du TMH comme méthode de délimitation du marché pertinent est souvent critiqué pour ses problèmes inhérents à savoir la chaîne de substitution¹⁴² et la substitution asymétrique¹⁴³. Dans les affaires d'abus de position dominante dans lesquelles il est nécessaire d'effectuer les analyses rétrospectives, le recours au TMH est également critiqué pour le *sophisme de cellophane*¹⁴⁴ qu'il peut entraîner. Ces critiques sont particulièrement fortes

¹³⁶ V. *infra*, n° et s.

¹³⁷ V. *infra*, n° 964 et s.

¹³⁸ K. IOANNIS, « The Concept of Market Definition and the SSNIP Test in the Merger Appraisal », *European Competition Law Review*, vol. 26, issue 4, 2005, p. 209-214.

¹³⁹ G. STIGLER & R. A. SHERWIN, « The Extent of the Market », *Journal of Law & Economics*, vol. 28, n° 3, 1985, p. 555-585, spéc. p. 582.

¹⁴⁰ B. C. HARRIS & J. J. SIMONS, « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? », *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 207-226.

¹⁴¹ D. SCHEFFMAN, M. COATE & L. SILVIA, « Twenty Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC: An Economic Perspective », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 1, 2003, p. 277-318.

¹⁴² S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, n° 4-040, p. 145. V. *infra*, n° 360 et s.

¹⁴³ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 39. V. *infra*, n° 987 et s.

¹⁴⁴ L'expression *sophisme de cellophane* découle de l'affaire *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956), dans laquelle il était à déterminer si cellophane constituait le marché en cause. À l'époque, du Pont représentait 75% des ventes de cellophane aux États-Unis et que 20% des ventes d'autres matériaux d'emballage souples. La Cour Suprême américaine a statué en faveur de du Pont en acceptant sa délimitation du marché large constitué de tous les matériaux d'emballage souples et en jugeant ainsi qu'elle ne détenait pas de pouvoir de marché significatif sur ce marché. La raison en était qu'aux niveaux de prix en vigueur, la Cour a trouvé que l'élasticité-prix croisée de la demande entre la cellophane et d'autres matériaux d'emballage était élevée. Elle a conclu qu'il était justifié d'inclure ces derniers dans le marché pertinent. Cette décision a fait l'objet de vives critiques car la Cour a

lorsqu'il est question d'évaluer la concurrence sur certains types de marchés spécifiques sur lesquels la part de marché est considérée comme étant un faible indice du pouvoir de marché d'une entreprise. Cette situation et les progrès de l'analyse économique des effets des fusions et du comportement des entreprises ont conduit les économistes à élaborer d'autres méthodes quantitatives qui sont plus sophistiquées.

À la recherche de la réponse européenne aux évolutions récentes

26. En Europe, il existe aujourd'hui un corpus de connaissances accumulées en ce qui concerne les analyses quantitatives dans l'évaluation de la concurrence en général et la détermination des contours du marché en particulier. Le recours à ces analyses s'est particulièrement accru au cours de la dernière décennie, après l'annulation du TPICE, sur la base de défauts de raisonnement économique, de trois décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations¹⁴⁵. Depuis lors, chaque nouvelle modernisation du droit de la concurrence consacre une approche plus économique des règles de droit¹⁴⁶. La création de la fonction d'économiste en chef en 2003, au sein de la Direction Générale de la concurrence (DG COMP), a été un événement important dans cette évolution, bien que le recours à ces analyses ait commencé bien avant la création du poste¹⁴⁷. Les évolutions récentes ont mis au point de nouvelles méthodes économiques comme quoi certains économistes cherchent à dispenser de la délimitation du marché pour évaluer plus directement les effets escomptés d'une fusion ou d'un comportement d'entreprise. Ces évolutions aussi importantes posent la question de savoir comment le droit de la concurrence devrait réagir. La délimitation du marché devrait-elle demeurer l'étape préalable de toute analyse de la concurrence ou doit-elle être remplacée par d'autres méthodes quantitatives ? Lorsque le marché pertinent joue un rôle d'instrument d'analyse dans tous les domaines du droit européen de la concurrence, quelles seraient les conséquences

omis le fait que les prix à partir desquels l'élasticité-prix croisée de la demande a été calculée étaient déjà bien supérieurs aux prix qui prévaudraient en l'absence de l'infraction (si le marché était concurrentiel).

¹⁴⁵ Arrêts du TPICE du 6 juin 2002, *Airtours plc c./Commission*, T-342/99, *Rec.* p. II-02585 ; du 25 oct. 2002, *Tetra Laval BV c./Commission*, T-80/02, *Rec.* p. II-04519 ; arrêts du Tribunal du 14 décembre 2005, *General Electric c./Commission*, T-210/01, *Rec.* p. II-05575 ; du 13 juill. 2006, *Impala c./Commission*, T-464/04, *Rec.* p. II-02289. V. également B. VESTERDORF, « Economics in Court: Reflections on the Role of Judges in Assessing Economic Theories and Evidence in the Modernised Competition Law Regime », in M. JOHANSSON, N. WAHL & U. BERNITZ (dir.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: A European for all seasons*, Bruyant, 2006, p. 504-524.

¹⁴⁶ A. L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, n° 2, p. 1 (et les références citées).

¹⁴⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, n° 9-001, p. 479.

juridiques de son abandon pur et simple ? Dans une autre perspective, la réfutation des nouvelles méthodes économiques aurait-elle des répercussions lorsque dans certains marchés spécifiques, la délimitation du marché à l'aide du TMH ne serait pas celle qui permet d'évaluer au mieux les effets anticoncurrentiels ? Dans le contexte où la notion de marché pertinent est désormais communément utilisée dans la quasi-totalité des pays où il existe un droit de la concurrence, l'impact que l'évolution du droit européen, étant l'un des plus avancés du monde, peut avoir sur les autres ne doit pas être sous-estimé. Le droit vietnamien de la concurrence en est un, d'autant plus qu'il s'inspire des principes du droit européen¹⁴⁸ ainsi que de son modèle administratif¹⁴⁹.

27. En principe, le marché pertinent est délimité en fonction de la dimension matérielle et géographique¹⁵⁰, quel que soit le texte mise en œuvre. En ce qui concerne la dimension matérielle, c. à. d. la détermination des produits ou des services en cause, la Commission européenne définit un marché de produits en cause comme celui qui « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*¹⁵¹ ». Il ressort de cette définition que l'approche retenue met avant tout l'accent sur la primauté de l'analyse de la substituabilité du côté de la demande. La Commission considère que cette dernière est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix¹⁵². La référence au point de vue des demandeurs constitue depuis toujours un principe de base de l'analyse de la substituabilité dans sa pratique décisionnelle. Bien que sa prise en compte

¹⁴⁸ Le droit européen de la concurrence devient un modèle déterminant, voire le modèle de référence dominant par des États qui sont dotés de règles en droit *antitrust* et en contrôle des concentrations. En ce sens, v. L. IDOT, « Brefs regards sur 60 ans de politique européenne de concurrence », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 623, 2018, p. 639-649.

¹⁴⁹ Dans l'Union européenne, la Commission européenne est l'organe exécutif qui met en œuvre la politique européenne de la concurrence. Elle est investie du pouvoir d'application des articles 101, 102 TFUE, du règlement relatif au contrôle des concentrations et de l'article 107 TFUE relatif aux aides d'états : investigation, exemption, codification, punition. Ses décisions sont soumises à contrôle par le Tribunal (sur des éléments de fait ou de droit) et la Cour de Justice de l'UE (seulement sur des points de droit).. En ce sens, v. D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998 ; M. WISE, « Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 9, 2007, p. 7-98.

¹⁵⁰ Certains auteurs délimitent également le marché pertinent en fonction de la dimension temporelle. En ce sens, v. R. WHISH & D. BAILEY, *Competition Law*, London, Oxford University Press, 7^e éd., 2012, p. 41-42 ; J. DE RICHEMONT, *Les concentrations d'entreprises et la position dominante : les six pays du Marché commun, la Grande-Bretagne, les États-Unis d'Amérique, et le Japon*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1971, p. 321.

¹⁵¹ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 7.

¹⁵² *Id.*, pt. 13.

au stade de la délimitation du marché ait été établie relativement tôt dans l'histoire du droit de la concurrence de l'Union européenne¹⁵³, la substituabilité du côté de l'offre n'est qu'un principe secondaire. Elle n'est retenue que lorsqu'elle a des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité¹⁵⁴. La question de savoir à quel stade la substituabilité de l'offre devrait être examinée fait l'objet de divergences d'opinions en doctrine juridique¹⁵⁵. D'un point de vue économique, la substituabilité de l'offre est conçue comme étant la contrepartie de la production de la disponibilité de substituts de la demande et son existence peut empêcher une entreprise d'exercer un quelconque pouvoir de marché¹⁵⁶. Elle exerce une pression concurrentielle comparable à celle de la demande mais au travers de mécanismes différents¹⁵⁷. Si cette optique économique a été retenue par la Cour de Justice, les arrêts n'ont toutefois pas eu un retentissement direct sur la pratique. D'ailleurs, dans un nombre limité de décisions où la substituabilité de l'offre est prise en compte, la Commission n'a pas réussi à fournir un cadre analytique solide sur lequel les entreprises peuvent s'appuyer pour évaluer leur transaction et pratique. Cette approche semble aller à l'encontre du but de la délimitation du marché pertinent qui doit être de déterminer l'ensemble des contraintes qui empêchent une entreprise d'exercer un pouvoir de marché.

Le projet de thèse

28. Il nous est apparu que le moment était venu pour une étude interdisciplinaire approfondie sur la délimitation du marché pertinent en droit européen de la concurrence car le développement récent de nouvelles méthodes économiques a conduit certains économistes à relancer de manière plus poussée l'idée d'abandonner cette procédure et d'évaluer directement les effets de concurrence par les méthodes quantitatives. Par ces dernières, un remplacement total de la délimitation du marché changerait radicalement la politique ainsi que l'approche d'analyse de la

¹⁵³ Arrêt de la CJCE du 21 fév. 1973, *Europemballage et Continental Can c./Commission*, préc., attendu 33 : « [...] la détention d'une position dominante sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson ne saurait être décisive tant qu'il n'a pas été démontré que les concurrentes dans d'autres secteurs du marché des emballages métalliques légers ne peuvent pas, par une simple adaptation, se présenter sur ce marché avec une force suffisante pour constituer un contrepois sérieux » ; arrêt de la CJCE du 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission*, préc., para. 37 : « On ne saurait donc, à cette fin [la détermination du marché en cause], se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché ».

¹⁵⁴ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 20.

¹⁵⁵ V. *infra*, n° 834 et s.

¹⁵⁶ B. A. KARSH, « The Role of Supply Substituability in Defining the Relevant Product Market », *Virginia Law Review*, vol. 65, n° 1, Feb. 1979, p. 129-151, spéc. p. 131-132.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 132.

concurrence de l'Union européenne. Il pourrait nécessiter, de la part de tous les juristes, économistes, législateurs, et la Commission européenne ainsi que les juges, une redéfinition de la manière dont l'analyse de la concurrence est et doit être menée. Cette étude est également opportune pour l'étude des trois jalons importants de la délimitation du marché pertinent en droit européen de la concurrence. À cet égard, depuis quarante-six ans est consacré dans la jurisprudence le principe selon lequel les possibilités de concurrence ne peuvent être appréciées qu'en fonction du marché pertinent. La communication sur la définition du marché en cause – le premier guide précisant les critères et les méthodes que la Commission utilise pour délimiter le marché pertinent a été publiée il y a vingt-deux ans. Enfin, le règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations qui a marqué l'adoption de l'approche d'analyse « *a priori*, plus compatible avec les enseignements de l'analyse économique¹⁵⁸ » a été publié il y a quinze ans. Par ailleurs, les soixante ans de politique européenne de concurrence ont été célébrés. L'étude s'inscrit également dans le contexte où cette dernière décennie a été marquée par une série de décisions relatives aux opérations de concentrations et aux pratiques mises en œuvre sur les marchés dynamiques et innovants rendues par la Commission¹⁵⁹. Il s'agit des marchés sur lesquels la délimitation du marché à l'aide du TMH s'avère difficile et la part de marché n'est guère représentative du pouvoir de marché.

29. Le champ de notre étude se limite au droit de la concurrence *stricto sensu*, c'est à dire à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante, ainsi qu'au contrôle des concentrations. En matière d'aides d'État, la délimitation du marché se pose également mais dans un cadre moins formel¹⁶⁰. Cela ne sera pas traité dans le cadre de cette étude. Lors du débat sur

¹⁵⁸ F. MARTY, « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *Revue de l'Observatoire Français des Conjonctures Économiques* (l'OFCE), n° 100, 2007, p. 85-120, spéc. p. 103.

¹⁵⁹ Décisions de la Commission du 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*, JOUE C 9 du 12 jan. 2018 ; du 18 juill. 2018, AT. 40099, *Google Android* ; du 20 mars 2019, AT. 40411, *Googdle Search (AdSense)* (pas encore publié) ; du 3 oct. 2014, COMP/M.7217, *Facebook/Whatsapp*, JOUE C 417 du 21 nov. 2014 ; du 7 oct. 2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, JOUE C 341 du 22 nov. 2011 ; du 4 déc. 2013, COMP/M.7047, *Microsoft/Nokia*, JOUE C 44 du 15 fév. 2014 ; du 22 sept. 2016, COMP/M.8109, *FIH Mobile/Feature Phone Business of Microsoft Mobile*, JOUE C 450 du 2 déc. 2016 ; du 6 déc. 2016, COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn* ; du 11 mai 2016, COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, JOUE C 357 du 29 sept. 2016 ; du 28 mai 2014, COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, JOUE C 264 du 13 août 2014 ; du 12 déc. 2012, COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, JOUE C 224 du 3 août 2013.

¹⁶⁰ Pour déterminer si une aide fausse ou risque de fausser la concurrence, la Commission européenne peut être amenée à déterminer le marché en cause, notamment dans les cas où la légalité de l'aide est déterminée par référence aux seuils de part de marché. La CJCE, dans son arrêt République fédérale d'Allemagne contre la Commission, a infirmé la décision de la Commission selon laquelle une garantie violait les règles en matière d'aides d'état, en partie

le rôle changeant de la délimitation du marché et son possible remplacement par d'autres outils, l'accent est mis sur la délimitation du marché de produits en cause. C'est alors cette dimension matérielle qui fait l'objet d'analyse de notre étude. La dimension géographique, qui ne pose pas de question particulière, ne sera pas abordée.

30. Question complexe, l'étude de la délimitation du marché dans l'analyse de la concurrence est rarement une tâche simple. La *guerre* de la délimitation du marché qui fait rage avec une intensité variable depuis près de sept décennies s'explique par le *malentendu* entre les économistes et les juristes à l'égard de cet exercice. Il nous est apparu ainsi nécessaire de se placer dans la perspective tant du juriste que de l'économiste afin de traiter ce sujet de manière complète et approfondie. Toutefois, notre étude ne vise pas à nous intéresser à la présentation purement mathématique des méthodes économiques utilisées dans l'analyse de concurrence. Elle consiste plutôt à appréhender ces dernières comme outil explicatif des comportements et des effets concurrentiels.

31. La recherche de la réponse à la question de savoir comment le droit européen de la concurrence devrait réagir aux évolutions récentes exige que l'on comprenne tout d'abord dans quelle mesure la délimitation du marché pertinent est requise pour mettre en œuvre les règles du droit européen de la concurrence. Une bonne compréhension de la fonction du marché pertinent sur le plan juridique permettra de déterminer si son abandon est possible. Il s'agit d'une question cruciale que nous tenterons d'éclairer dans un premier temps. L'approche adoptée est globale au regard des domaines d'exigence de délimitation du marché car notre démarche consiste à analyser le recours au marché pertinent effectué par la Commission et les juges européens non seulement dans l'analyse des effets anticoncurrentiels d'une pratique ou d'une concentration mais aussi hors du cadre de cette dernière. Pour ce faire, nous procéderons à l'analyse des instruments juridiques tant contraignants¹⁶¹ que non contraignants¹⁶² auxquels la Commission a

parce que la décision ne comporte pas la moindre indication relative à la situation du marché considéré, la part de KAE sur ce marché et la position des entreprises concurrentes, v. arrêt de la CJCE du 24 oct. 1996, *Allemagne e.a. c./Commission*, aff. jtes. C-329/93, C-62/95 et C-63/95, *Rec.* p. I-5151, para. 53. V. également Communication de la Commission relative aux critères d'appréciation approfondie des aides régionales en faveur de grands projets d'investissement, JOUE C 223 du 16 sept. 2009 ; E. TUMASONYTE, Z. DIDZIOKAITE & A. TARI, « State Aid to IBIDEN Hungary: Assessing the relevant market in the context of a large investment project », *Competition Policy Newsletter*, n° 2, 2008, p. 69-76 ; S. BISHOP, « The European Commission's Policy Towards State Aid: A Role for Rigorous Competitive Analysis », *European Competition Law Review*, vol. 18, n° 2, 1997, p. 84-86.

¹⁶¹ K. W. ABBOTT & D. SNIDAL, « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, vol. 54, n° 3, *Legalization and World Politics*, 2000, p. 421-456, spéc. p. 421 : Les instruments juridiques

recours pour donner effet au marché pertinent. Cette analyse sera complétée par un examen de la jurisprudence¹⁶³ dans un contexte historique, depuis l'arrêt *Continental Can* de 1973 jusqu'à présent.

32. Nous nous référerons, à l'occasion, à la jurisprudence américaine pour éclairer notre analyse et ce d'autant que l'exigence de la délimitation du marché pertinent a été imposée, à l'origine, en droit *antitrust* américain et que les convergences entre le droit des deux continents sont à présent assez fortes¹⁶⁴. Mais cette référence ne vise pas à effectuer une étude comparative des droits européen et américain relative à la délimitation du marché.

33. La fonction juridique du marché pertinent devrait être évaluée dans un contexte historique, ce qui permet de comprendre son évolution. Lorsque la CJCE a introduit le principe selon lequel l'analyse des pratiques anticoncurrentielles nécessite la détermination du marché en cause¹⁶⁵, celui-ci était plus ou moins destiné aux secteurs dotés de produits homogènes. Les mutations économiques dans les années suivantes ont fait apparaître des produits différenciés et les évolutions technologiques actuelles mettent au point de nouveaux produits plus innovants. Cela a posé de véritables enjeux à la délimitation du marché, lesquels souvent utilisés par les économistes comme argument pour justifier l'abandon de cet exercice. Il importe ainsi que ces enjeux soient analysés afin d'évaluer si les zones d'imperfection de la délimitation du marché peuvent justifier la possibilité d'introduire des outils alternatifs à sa place. Cette analyse sera complétée par la description de la méthode *Upward Pricing Pressure* (la pression à la hausse sur

contraignants font référence à « *des obligations juridiquement contraignantes précises (ou susceptibles d'être précisées par un jugement ou l'émission de règlements détaillés) et qui confèrent une autorité en matière d'interprétation et d'application du droit* » (nous traduisons).

¹⁶² F. SNYDER, « The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques », *The Modern Law Review*, vol. 56, n° 1, 1993, p. 19-54, spéc. p. 32 : les instruments juridiques non contraignants font référence à « *des règles de conduite, qui en principe n'ont pas de caractère obligatoire, mais qui peuvent tout de même avoir des effets pratiques* » (nous traduisons). Pour les instruments juridiques non contraignants en droit européen, v. K. C. WELLENS & G. M. BORCHARDT, « Soft Law in European Community Law », *European Law Review*, vol. 14, 1989, p. 267-321 ; D. THÜRER, « The Role of Soft Law in the Process of European Integration », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'Avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?* Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990, p. 131-138 ; R. DEHOUSSE & J. H. H. WEILER, « EPC and the Single Act : From Soft Law to Hard Law ? », in M. HOLLAND (dir.), *The Future of European Political Cooperation*, London, McMillan, 1991, p. 121-142.

¹⁶³ La jurisprudence s'entend ici les arrêts de la CJUE et du Tribunal de l'Union européenne ainsi que les décisions de la Commission européenne.

¹⁶⁴ D. ENCAOUA & R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*, Rapport au Conseil d'Analyse Economique, préc., p. 35.

¹⁶⁵ Arrêt de la CJCE du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c./Commission*, préc., attendu 32.

les prix) et ses dérivées, qui nous ont conduit à nous interroger sur la nécessité de mener cette étude interdisciplinaire sur la délimitation du marché pertinent. Elle couvre également l'approche directe fondée sur les effets¹⁶⁶ dans les cas d'abus de position dominante, qui estime pouvoir apporter la preuve directe d'un abus sans qu'une position dominante ne soit démontrée, autrement dit, sans que le marché pertinent soit délimité. Ces analyses ont pour objectif de montrer si les nouvelles méthodes économiques sont en mesure de remédier aux enjeux auxquels la délimitation du marché fait face.

34. Si l'analyse de la fonction juridique du marché pertinent reste surtout conceptuelle, elle permet d'évaluer les différentes méthodes et la plus ou moins portée de la délimitation du marché. À cet égard, les implications juridiques que pourrait avoir l'abandon de ce concept mettront en évidence les questions spécifiques que la Commission européenne et les juges doivent prendre en compte lorsqu'ils envisagent d'adopter une nouvelle approche. Pour cela, nous procéderons à l'étude des conséquences juridiques tant pour les entreprises, celles à qui s'adressent les dispositions du droit de la concurrence, que pour la Commission et les juridictions européennes, celles qui les mettent en œuvre. Notre démarche consiste en l'évaluation des méthodes économiques et en la mise en évidence des facteurs d'incertitude que celles-ci induisent en elles-mêmes.

35. Pour les entreprises, la délimitation du marché pertinent représente le moyen le plus efficace pour introduire un recours contre une décision ou un arrêt. Elle déclenche en effet une bataille entre les plaignants du « nous gagnons parce qu'il s'agit d'un marché étroit » et les défenseurs du « vous perdez parce qu'il s'agit d'un marché large¹⁶⁷ ». Les deux parties investissent naturellement d'importantes ressources pour tenter de persuader les tribunaux de fixer les limites¹⁶⁸. Si la délimitation du marché pertinent est une exigence juridique de principe en droit européen de la concurrence, sa mise en œuvre s'effectue en s'appuyant sur les principes économiques fondamentaux. Le protocole suivi est de délimiter le marché en fonction de deux dimensions de base : l'une concerne le produit en cause et l'autre la zone géographique dans

¹⁶⁶ En ce sens, v. J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT & R. STENBACKA, « An Economic Approach to Article 82 », *Rapport du groupe consultatif économique pour la politique de concurrence (EAGCP)*, disponible sur le site https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

¹⁶⁷ D. S. EVANS, « Lightening up on market definition », in E. ELHAUGE (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, p. 53-89, spéc. p. 53.

¹⁶⁸ *Ibid.*

laquelle s'exerce la concurrence. Idéalement, ces deux dimensions devraient être analysées et définies simultanément. Dans la pratique, cependant, cela semble être une tâche presque impossible¹⁶⁹. À cet égard, nous suivons une démarche jurisprudentielle impliquant une analyse du marché de produits qui succèdera à celle du marché géographique en cause¹⁷⁰. Notre objectif est de comprendre *comment* le marché pertinent est délimité par la Commission et les juridictions européennes. Pour y parvenir, nous adoptons une approche globale qui s'articule sur l'analyse des critères et des preuves, à travers des cas de jurisprudence, sur lesquels elles fondent leurs conclusions des frontières des marchés. Une vision d'ensemble des méthodes utilisées dans la jurisprudence depuis le premier arrêt *Continental Can* permettra de mettre en évidence l'évolution européenne en ce qui concerne la délimitation du marché pertinent. Les différents modèles économiques de base utiles à cet exercice seront présentés de façon non technique mais relativement complète et accessible aux juristes, praticiens ou académiques spécialistes du droit de la concurrence. Une lecture attentive de la jurisprudence permet de montrer qu'alors que la Commission européenne procède, comme point de départ, à l'analyse des preuves qualitatives afin d'obtenir une première indication de l'étendue du marché, elle s'appuie largement sur des preuves quantitatives, dans sa pratique décisionnelle actuelle, pour compléter et justifier sa conclusion. Cette pratique est particulièrement courante en matière de contrôle des concentrations. Il est communément reconnu que les méthodes économiques ont plus de chance d'être employées en cette matière qu'en matière d'abus de position dominante ou d'entente. Notre recherche visant à mettre en lumière la pertinence de la délimitation du marché pour la politique de concurrence moderne de l'Union européenne, face aux évolutions des méthodes économiques, nous l'aborderons dans tous ses domaines d'utilité avec un focus sur la jurisprudence en matière de contrôle des concentrations.

¹⁶⁹ J. LÜBKING & D. DITTELT, « Definition of the Relevant Market », in J. FAULL & A. NIKPAY (dir.), *The EU Law of Competition*, OUP, 3^e éd., 2014, n° 3.8, p. 167.

¹⁷⁰ Il convient de souligner que les projets de la communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause prévoyaient au départ une définition simultanée des deux dimensions, v. M. FURSE, « Market Definition – the Draft Commission Notice », *European Competition Law Review*, vol. 18, 1997, p. 378-382. Cependant, cette conception n'a pas été retenue dans la version officielle en raison des problèmes sur le plan pratique. Si la doctrine partage le point de vue selon lequel la délimitation du marché pertinent doit s'opérer suivant un ordre séquentiel, certains auteurs considèrent qu'il faut définir d'abord la dimension géographique et puis la dimension des produits, v. par exemple CH. GAVALDA & G. PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, Paris, Litec, 1^{er} éd., 1992, p. 492 ; G. BERNINI, *Trente ans de droit communautaire – CECA-CEE-CEEA*, Bruxelles, coll. Perspectives européennes, 1981, p. 359 ; P. DRUESNE, *Droit et politique de la communauté et de l'Union européenne*, PUF, 1995, p. 213. Pour d'autres, ils partagent l'approche jurisprudentielle, v. par exemple J. B. BLAISE & L. IDOT, « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *Revue Trimestrielle de droit européen*, préc., p. 50.

36. Ce serait hasardeux de laisser de côté la question des marchés dynamiques et innovants, d'autant que l'émergence des entreprises actives dans ce secteur soumis à des évolutions technologiques rapides, en particulier le GAFAM, a conduit la Commission européenne ainsi que certaines autorités nationales à mener ces dernières années une série d'enquêtes contre ces entreprises en matière de concurrence¹⁷¹. Ces marchés se caractérisent par de rapides avancées technologiques, la concurrence ne se livre pas *sur le marché* mais *pour le marché*¹⁷² et le principal paramètre concurrentiel n'est pas le prix mais l'innovation¹⁷³. La délimitation traditionnelle du marché pertinent à l'aide du TMH est donc délicate. Elle est délicate, d'une part, parce que l'application du TMH ne tient pas compte de substituts susceptibles d'apparaître à l'avenir, ce qui peut amener à définir des marchés trop étroits. D'autre part, la part de marché qui est générée de la délimitation du marché n'est qu'un indice peu fiable du pouvoir de marché d'une entreprise dans ce secteur¹⁷⁴. Ainsi, à l'exception de certains cas spécifiques, la délimitation du

¹⁷¹ Décisions de la Commission du 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*, op. cit. ; du 18 juill. 2018, AT. 40099, *Google Android* (pas encore publié) ; du 20 mars 2019, AT. 40411, *Google Search (AdSense)* (pas encore publié). La Commission européenne a annoncé le 17 juillet 2019 l'ouverture de son enquête officielle sur un éventuel comportement anticoncurrentiel d'Amazon (aff. AT.40462), v. communiqué de presse disponible sur le site https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_fr.htm (consulté le 1^{er} octobre 2019). Le 13 mars 2019, Spotify – numéro un mondial de l'écoute de musique en ligne, a déposé une plainte devant la Commission européenne contre le géant américain Apple pour abus de position dominante sur le marché de la musique en ligne, v. <https://newsroom.spotify.com/2019-03-13/consumers-and-innovators-win-on-a-level-playing-field/> (consulté le 1^{er} octobre 2019). Courant du mois d'août 2019, la Commission européenne a indiqué lors de sa réponse à un questionnaire qu'une enquête sur le projet de monnaie virtuelle lancé par Facebook était en cours (la Commission craint que l'exploitation des données personnelles des utilisateurs par le géant du réseau social représente une entrave à la concurrence), v. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-08-20/facebook-s-libra-currency-gets-european-union-antitrust-scrutiny> et <https://www.ft.com/content/02fe16e6-c402-11e9-a8e9-296ca66511c9> (consulté le 1^{er} octobre 2019). Le 17 février 2019, le *Bundeskartellamt* allemand a rendu sa décision, après plus de trois ans d'enquête, sur la pratique d'abus de position dominante de Facebook, disponible sur le site https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (consulté le 1^{er} octobre 2019). Sa décision a été suspendue par le Tribunal de Düsseldorf. Toutefois, un arrêt sur le fond est à statuer. Facebook et Google sont également les cibles de l'autorité française de la concurrence sur le marché de publicité en ligne.

¹⁷² J. B. BAKER, « Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n° 3, 2007, p. 575-602.

¹⁷³ A. C. HRUSKA, « A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries », *Yale Law Journal*, vol. 102, issue 1, 1992, p. 305-331, spéc. p. 327: « Generally, in high-technology goods, producers compete more on the attributes of the individual product than on price » ; R. HARTMAN, D. TEECE, W. MITCHELL & T. JORDE, « Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change », *Industrial and Corporate Change*, vol. 2, issue 3, 1993, p. 317-350, spéc. p. 322: « [...] in industries experiencing rapid technological change, where competition often takes place on performance attributes and not price ».

¹⁷⁴ Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, p. 40, disponible au site web https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1228317/m2/1/high_res_d/amc_final_report.pdf (consulté le 30 septembre 2019). V. également G. J. WERDEN, « Assigning Market Shares », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, n° 1, 2002, p. 67-104 ; W. J. KOLASKY, « What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives », *Antitrust Bulletin*, 2004, p. 29-53, spéc. p. 32.

marché pertinent demeure nécessaire mais sa mise en œuvre nécessite une adaptation. Dans cette perspective, nous tenterons d'examiner la délimitation du marché à l'aide du test dit SSNDQ¹⁷⁵ (*Small but Significant and Non transitory Decrease in Quality*) qui mesure l'incidence d'une baisse limitée mais significative et non transitoire de la qualité, de même manière que le test SSNIP évalue l'augmentation des prix. De là, au lieu d'apprécier le pouvoir de marché en s'appuyant sur le facteur prix du produit, on peut l'apprécier en se concentrant sur la performance du produit.

37. Si la délimitation du marché de produits et géographique en cause est gouvernée par les principes de la substituabilité du côté de la demande et celle du côté de l'offre, l'analyse de la substituabilité par la Commission européenne est réalisée prioritairement du point de vue de la demande et celle du côté de l'offre reste un principe secondaire. Il convient ainsi d'examiner le rôle approprié de la substituabilité du côté de l'offre dans la délimitation du marché en cause, en particulier dans le contexte du contrôle des concentrations en répondant à la question de savoir si la substituabilité du côté de l'offre devrait être systématiquement prise en compte lors de la délimitation du marché pertinent comme celle du côté de la demande, et comment son analyse peut être mise en œuvre.

38. Ces interrogations multiples nécessitent de revenir à ce qui est pour l'instant essentiel dans le raisonnement juridique, soit le rôle et la fonction de la délimitation du marché pertinent en droit européen de la concurrence (Première partie). De ce contexte, et à l'aune de ce rôle juridique, les méthodes de délimitation du marché proposées pourront être analysées et évaluées (Seconde partie).

¹⁷⁵ Le test a été développé par R. HARTMAN, D. TEECE, W. MITCHELL & T. JORDE, « Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change », *Industrial and Corporate Change*, vol. 2, issue 3, 1993, p. 317-350.

PREMIÈRE PARTIE

L'EXIGENCE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

« Market definitions are a way of intellectually organising the way we think about the economic activity we observe, and are not inherent in the nature of things¹⁷⁶ »

39. Le droit de la concurrence est fondé sur une certaine compréhension du fonctionnement des marchés et des résultats qui devraient être obtenus. Lorsqu'une entreprise exerce une activité économique¹⁷⁷, elle peut développer un pouvoir de marché. L'objet du droit de la concurrence est d'appréhender ce dernier, de le mesurer et éventuellement d'en contrôler les conséquences. Pour cette raison, la mise en évidence des règles juridiques relatives aux marchés concurrentiels impose une délimitation des marchés sur lesquels le pouvoir de marché s'exerce et la concurrence est susceptible d'être affectée. La délimitation du marché pertinent est par conséquent capitale en droit de la concurrence. Depuis des décennies, elle a été comprise comme faisant partie du dogme *antitrust*¹⁷⁸. La Cour de Justice de l'Union européenne a déclaré à plusieurs reprises que la délimitation du marché en cause est essentielle tant dans l'appréciation de la position des entreprises sur le marché que dans celle des effets concurrentiels de leurs pratiques ou de leur concentration¹⁷⁹. Certains ont décrit le marché pertinent comme une « construction juridique¹⁸⁰ », d'autres comme un « raccourci pour désigner une exigence

¹⁷⁶ P. GEROSKI, « Thinking creatively about markets », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 16, issue 6, 1998, p. 677-695.

¹⁷⁷ Pour le champ des activités économiques, v. L. BIDAUD, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, préc., n° 60 et s., p. 53 et s.

¹⁷⁸ J. E. LOPATKA, « Market Definition? », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, 2011, p. 69-93, spéc. p. 69.

¹⁷⁹ V. *supra*, note 33. V. également G. CANIVET & C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », in *Mélanges Pierre Bézard, Petites Affiches*, Montchrestien, 2002, p. 257-272, spéc. p. 260 : « [...] pratiques qui peuvent avoir pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché, [...] l'analyse des pratiques présumées anticoncurrentielles [...], au plan juridique, suppose [...] la détermination préalable du ou des marchés dominés et/ou susceptibles d'être affectés ».

¹⁸⁰ M. S. GAL & D. L. RUBINFELD, « The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n° 3, 2016, p. 521-562, spéc. p. 543.

juridique¹⁸¹ ». Quelle que soit sa description, il convient de reconnaître que la délimitation du marché permet d'interpréter la réalité économique et de définir le cadre dans lequel les analyses substantielles de la concurrence doivent être menées. Son exigence est un principe d'application très large (**TITRE I**).

40. Un élément clé de la délimitation du marché concerne la manière dont les autres produits sont substituables aux produits en cause. De nombreux économistes ont fait valoir que les produits des différentes entreprises sont souvent hétérogènes sur la continuité de la chaîne de substitution. Les frontières du marché sont donc difficiles à tracer et l'appréciation de la position des entreprises sur le marché est arbitraire¹⁸². En particulier, la délimitation du marché s'avère problématique dans les secteurs fortement dynamiques où la concurrence ne se fait pas par les prix mais par la performance du produit. Dans ces industries, les entreprises sont principalement limitées par la menace d'un lancement par une autre d'un nouveau produit de qualité supérieure, qui pourrait entraîner la disparition de leurs produits. Or, la délimitation du marché traditionnelle se concentre sur l'identification des contraintes actuelles sur les décisions des entreprises en matière de prix et de production, ce qui peut présenter une image trompeuse de la concurrence dans ces industries, dites de la nouvelle économie. Ainsi, même si l'on doit se réjouir de voir la délimitation du marché constituer un instrument important et incontournable pour analyser les problèmes de concurrence, on ne peut s'empêcher de penser qu'il existe encore des enjeux à relever. Il s'agit là de l'abandon du concept ainsi suggéré et des outils alternatifs proposés à la place de la délimitation du marché pertinent (**TITRE II**).

TITRE I. Le principe d'application large de la délimitation du marché pertinent

TITRE II. L'émergence de méthodes alternatives

¹⁸¹ J. R. EISZNER, « Innovation Markets and Automatic Transmissions: A Shift in the Wrong Direction? », *Antitrust Bulletin*, vol. 43, n° 2, 1998, p. 297-338.

¹⁸² G. NIELS, H. JENKINS & J. KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 2^e éd., 2016, p. 112-113.

TITRE I

LE PRINCIPE D'APPLICATION LARGE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

41. D'un point de vue économique, la seule fonction du marché dans l'analyse d'une pratique ou d'une opération de concentration est l'appréciation du pouvoir de marché. Si le lien entre marché et pouvoir de marché est admis¹⁸³, l'application du marché sur le plan juridique ne se limite cependant pas à cette seule appréciation. Le présent titre entend donc examiner les domaines d'utilité de la délimitation du marché pertinent dans une perspective juridique. Pour ce faire, on partira d'abord de la prémisse selon laquelle il n'y a pas de concurrence dès lors qu'il n'existe pas de marché¹⁸⁴. Il en découle qu'une restriction de concurrence ne peut s'apprécier que sur un marché. Ce raisonnement a bien été adopté dans les textes juridiques dont l'interprétation littérale conduit à considérer le marché comme un élément de la qualification des infractions au droit de la concurrence¹⁸⁵ et dont la délimitation est nécessaire. C'est d'abord la jurisprudence qui a fait de la délimitation d'une exigence à toute question de concurrence. Les juges européens considèrent en effet la délimitation du marché comme une première étape de l'analyse de la concurrence¹⁸⁶ en matière de pratiques anticoncurrentielles. Le lien entre position dominante et marché étant direct¹⁸⁷. En matière de contrôle des concentrations, la délimitation du marché permet non seulement de vérifier si un pouvoir de monopole peut être exercé dans le secteur concerné mais aussi d'identifier l'aire de concurrence effective dans laquelle les effets anticoncurrentiels doivent être analysés¹⁸⁸. Suivant la même voie, la Commission a adopté une série d'instruments qui renforce la fonction du marché pertinent. Bien qu'elle soit abordée différemment selon le type d'affaire, le recours à la délimitation du marché est exigé dans toute analyse de l'*atteint à la concurrence* (Chapitre 1). Pour prendre pleinement conscience de la

¹⁸³ M. A. FRISON-ROCHE & M. S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. Précis, 1^{er} éd., 2006, n° 93, p. 89 et s.

¹⁸⁴ Cl. CHAMPAUD, « Les caractères du droit de la concurrence », *JurisClasseur Concurrence Consommation*, 1991, fasc. 30, n° 9.

¹⁸⁵ G. CANIVET & C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 260 : « le marché est [...] intégré dans une norme juridique, puisqu'il est l'un des éléments de la qualification des pratiques anticoncurrentielles ».

¹⁸⁶ P. E. AREEDA, J. L. SOLOW & H. HOVENKAMP, *Antitrust Law, IIA*, Aspen Law & Business, 2^e éd., 2002, p. 187-188.

¹⁸⁷ L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *Revue Internationale de droit économique*, 2005, préc., spéc. p. 42.

¹⁸⁸ L. VOGEL, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 1994, n° 6, I, 3737, p. 73-86, spéc. p. 73.

fonction du marché pertinent en droit européen, il faut également examiner son rôle hors du cadre de l'analyse de l'atteinte à la concurrence (Chapitre 2). Il s'agit là d'une spécificité du droit européen dans laquelle le décalage entre les approches juridique et économique sur la fonction du marché pertinent se trouve encore accru.

Chapitre 1 : Le recours à la délimitation du marché pertinent dans l'analyse de l'atteinte à la concurrence.

Chapitre 2 : Le recours à la délimitation du marché pertinent hors du cadre de l'analyse de l'atteinte à la concurrence.

CHAPITRE 1

LE RECOURS À LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT DANS L'ANALYSE DE L'ATTEINTE À LA CONCURRENCE

42. La délimitation du marché pertinent est un instrument d'analyse essentiel en droit de la concurrence¹⁸⁹. Elle constitue en effet une condition de fond pour la détermination de la position dominante : pas de marché caractérisé, pas de domination¹⁹⁰. Cette notion vaut à plus forte raison en matière de contrôle des concentrations, puisque ce contrôle a pour objet premier d'empêcher des entraves significatives au libre jeu de la concurrence, notamment par la constitution ou le renforcement d'une position dominante. Elle sert aussi à savoir si une entente produit un effet anticoncurrentiel suffisamment sensible sur le marché pour que le droit de la concurrence vienne à s'appliquer.

43. Il résulte de la lecture des textes juridiques et de l'examen de la jurisprudence que dans toute analyse concurrentielle, la question fondamentale est de savoir s'il y a l'existence d'effets anticoncurrentiels résultant d'une opération ou d'un comportement donné. Pour répondre à cette question, les autorités tant européennes que vietnamiennes de la concurrence procèdent à une analyse en deux étapes : elles cherchent à évaluer le pouvoir de marché des entreprises dans un premier temps et à mesurer des effets concurrentiels de leur opération ou leur comportement pratiqué sur le marché dans un second temps. Pour mener à bien cette analyse, il est nécessaire de délimiter le marché pertinent ou, selon les termes de la Commission européenne, « *le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* »¹⁹¹. La délimitation du marché pertinent est un instrument d'analyse essentiel dont disposent les autorités de la concurrence. Elle est essentielle en effet dans le sens où elle permet d'identifier les entreprises concurrentes et de calculer leurs parts de marché, lesquelles autorités de concurrence vont, en combinaison avec d'autres indices, déduire l'existence du pouvoir de marché (**Section 1**). La délimitation du marché pertinent s'avère déterminante ensuite dans la deuxième étape une fois le pouvoir de marché établi parce qu'un marché, s'il est correctement défini, sert d'instrument

¹⁸⁹ M-C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p. 7, n° 5.

¹⁹⁰ CH. GAVALDA & G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, préc., p. 307.

¹⁹¹ Communication sur la définition du marché en cause, préc., point 2. Ainsi, en réalité, un examen d'un problème de concurrence comprend de trois grandes étapes : 1) délimiter le(s) marché(s) en cause ; 2) évaluer le pouvoir de marché de l'entreprise ou des entreprises concernée(s) ; 3) évaluer des effets anticoncurrentiels.

d'identification des restrictions de concurrence et d'évaluation des effets anticoncurrentiels (Section 2).

Section 1. L'instrument d'évaluation du pouvoir de marché.

44. Notion du pouvoir de marché. Il n'y a pas une définition unanime du pouvoir de marché¹⁹². Cette notion si courante en économie s'entend largement comme la capacité d'une entreprise de pratiquer de façon rentable pendant une durée significative ses prix au-dessus du prix concurrentiel¹⁹³. Habituellement, les économistes assimilent le prix concurrentiel au coût marginal¹⁹⁴ et pour mesurer le pouvoir de marché, ils utilisent *l'indice de Lerner*¹⁹⁵ étant exprimé par le rapport entre la marge unitaire, en pourcentage, et l'élasticité de la demande résiduelle.

45. Cette notion du pouvoir de marché émerge dans les trois branches du droit de la concurrence. Elle est explicitement mentionnée dans l'article 102 TFUE (ex-article 86, devenu 82 CE) sur l'abus de position dominante à travers la notion de puissance économique¹⁹⁶ et dans

¹⁹² Selon J. TIROLE, « *Le pouvoir de marché est la capacité pour une entreprise de fixer ses prix au-dessus des prix de concurrence sans encourir le risque de perte de clientèle* », Théorie de l'Organisation Industrielle, Tome 1, Économica, 1993, p. 127. P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP & J. L. SOLOW définissent le pouvoir de marché en ces termes : « *Market power is the ability to raise price profitably by restricting output* », Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, New York, Wolters Kluwer, vol. IIB, 4^e éd., 2014, ¶501, p. 109. Selon D. W. CARLTON, « *One standard definition of market power is the ability to set price profitably above the competitive level, which is usually taken to mean marginal cost* », « Market Definition: Use and Abuse », *Competition Policy International*, vol. 3, No. 1, Spring 2007. R. A. POSNER & W. M. LANDES estiment que « *the term "market power" refers to the ability of a firm (or a group of firms, acting jointly) to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded* », « Market Power in Antitrust Cases », *Harvard Law Review*, vol. 94, March 1981, p. 937.

¹⁹³ Cette définition de l'Organisation Industrielle a inspiré les autorités de concurrence. La Commission européenne, dans sa Communication et Lignes directrices sur les restrictions verticales, définit le pouvoir de marché comme « *la capacité de pratiquer des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence et, au moins à court terme, de réaliser des bénéfices supérieurs à la normale* », JOCE C 291/1 du 13 octobre 2000, pt. 119. Dans ses Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, le pouvoir de marché est lié à la « *possibilité que l'entreprise concernée a d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes* », JOCE C 165/03 du 11 juillet 2002, pt. 73.

¹⁹⁴ D. W. CARLTON & J. M. PEFLOFF, *Modern Industrial Organization*, Pearson International, préc., p. 642 : « *A firm (or group of firms acting together) has market power if it is profitably able to charge a price above that which would prevail under competition, which is usually taken to be marginal cost* ».

¹⁹⁵ A. P. LERNER, « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *The Review of Economic Studies*, vol. 1, n° 3, 1934, p. 157-175.

¹⁹⁶ La Cour de Justice a déclaré que « *la position dominante ainsi visée concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* », arrêt du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, C-85/76, Rec. p. 461, attendu 38. V. également arrêt de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, C-27/76, Rec. p. 207, attendue 65 ; arrêts du TPICE du 17 déc. 2003, *British*

le contrôle des concentrations qui vise à prévoir la création ou le renforcement d'une position dominante. Elle est mentionnée de façon implicite dans l'article 101 TFUE (ex-article 85, devenu 81 CE) qui prévoit les seuils de sensibilité au-delà desquels la détention d'un pouvoir de marché est présumée et les entreprises ne peuvent pas prétendre au bénéfice de l'exemption.

46. Cependant, l'évaluation directe du prix concurrentiel et du pouvoir de marché par les moyens économétriques est extrêmement difficile en raison de l'indisponibilité des données nécessaires pour estimer l'élasticité-prix de la demande. De plus, il est également possible que ces données soient de qualité insuffisante ou trop longues à recueillir. Par ailleurs, même si les données requises étaient disponibles, les autorités de la concurrence n'ont souvent pas suffisamment le temps pour effectuer une analyse économétrique détaillée afin de déterminer si une fusion ou une affaire d'abus de position dominante n'est pas préoccupante ou s'il est nécessaire d'analyser ce type d'affaires plus avant¹⁹⁷. Le pouvoir de marché est ainsi, dans presque tous les cas, évalué de façon indirecte par la délimitation du marché pertinent.

47. Dans les paragraphes suivants, nous verrons que la délimitation du marché pertinent permet non seulement le calcul des parts de marché détenues par les entreprises concurrentes, (§1) qui traduit la plus ou moins grande importance quantitative acquise, en l'état, par l'entreprise considérée, mais aussi l'appréciation des barrières à l'entrée (§2), critère essentiel pour évaluer la durabilité du pouvoir de marché de l'entreprise.

§ 1. La part de marché.

48. Il est à noter que le terme de « *part de marché* » est utilisé pour la première fois en 1953 dans la décision de la Cour Suprême américaine dans l'arrêt *Times-Picayune*¹⁹⁸. Cependant, l'importance de son rôle n'a été clairement exprimée que trois ans plus tard dans l'arrêt *Cellophane*¹⁹⁹. Il est renforcé par de nombreux arrêts ultérieurs²⁰⁰, notamment dans les années

Airways c./Commission, T-219/99, *Rec.* p. II-5925, para. 189 ; du 23 oct. 2003, *Van den Bergh Foods c./Commission*, T-65/98, *Rec.* p. II-4662, para. 154.

¹⁹⁷ Le temps dont la Commission européenne dispose en général pour effectuer l'évaluation initiale d'une opération de concentration se limite à 25 jours ouvrables tandis que celui de l'autorité vietnamienne de la concurrence est de 45 jours.

¹⁹⁸ *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 620 (1953): « *Market dominance must rest on comparative marketing data and discussing shares of advertising lineage* ».

¹⁹⁹ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 384, 391 (1956).

1960 où la Cour Suprême a établi l'approche structuraliste de marché (Structure-Comportement-Performance) pour l'analyse des concentrations horizontales. Dès lors, la part de marché a été considérée comme le premier indice du pouvoir de marché. Cette approche a été importée en Europe et a nettement influencé le droit de la concurrence de l'Union européenne jusqu'au milieu des années 1970. La Cour de Justice des Communautés européennes a affirmé dans l'arrêt fameux *United Brands* « qu'un opérateur ne saurait détenir une position dominante sur le marché que s'il est parvenu à disposer d'une partie non négligeable de ce marché »²⁰¹. De même, dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, la Cour a souligné lors de l'examen des facteurs pour évaluer la position dominante exercée par La Roche que « parmi ces facteurs, l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative »²⁰². Le juge a affirmé plus loin dans l'arrêt que « des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante »²⁰³. Le Tribunal de Première Instance suit la voie de la Cour de Justice en le confirmant dans plusieurs arrêts²⁰⁴ et plus récemment dans l'arrêt *Telefónica*²⁰⁵, il donne raison à la Commission qui a estimé que *Telefónica* disposait d'une position dominante sur les marchés de l'accès à l'internet à haut débit de gros régional et national avec une part de marché respective de 100% et supérieur à 84% pendant toute de la période infractionnelle (entre septembre 2001 et décembre 2006).

49. La théorie de l'économie industrielle a fait des progrès considérables dans l'évaluation du pouvoir de marché d'une entreprise et dans l'analyse du comportement des entreprises sur le marché. Cette évolution semble minorer l'importance de la procédure de délimitation du marché pertinent et du critère de la part de marché car les économistes considèrent que la part de marché est un indice médiocre du pouvoir de marché²⁰⁶ et ils cherchent des méthodes pour une

²⁰⁰ *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 321, 322 (1962); *United States v. Continental Can Co. et al.*, 378 U.S. 441, 458 (1964): « Market shares are the primary indicia of market power ».

²⁰¹ Arrêt de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, *op. cit.*, attendu 107.

²⁰² Arrêt de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, *op. cit.*, attendu 39.

²⁰³ *Id.*, attendu 41.

²⁰⁴ Arrêts du TPICE du 12 déc. 1991, *Hilti c./Commission*, T-30/89, *Rec.* p. II-1439, para. 90 ; du 30 jan. 2007, *France Telecom SA c./Commission*, T-340/03, *Rec.* p. II-107 ; arrêt du Tribunal du 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries c./Commission*, T-66/01, *Rec.* p. II-2631, paras. 255 et 256.

²⁰⁵ Arrêt du Tribunal du 29 mars 2012, *Telefónica c./Commission*, T-336/07, paras. 153 et 159.

²⁰⁶ L. KAPLOW, « Why (Ever) Define Markets? », préc.; L. KAPLOW, « Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, n° 2, 2011, p. 243-276. V. également *infra*, note 72.

évaluation directe²⁰⁷. Certes l'évolution du marché et le développement des nouvelles technologies rendent l'évaluation du pouvoir de marché beaucoup plus compliquée, des modèles alternatifs existent et le pouvoir de marché doit être mesuré par plusieurs facteurs, mais la part de marché demeure le facteur qui est examiné en premier lieu par les autorités de concurrence. De notre point de vue, nous ne pensons pas que la part de marché joue un rôle moins important dans les analyses concurrentielles actuelles que celles réalisées dans les affaires dans le passé. C'est simplement que les autres facteurs affectant les conditions de concurrence sur le marché sont de plus en plus recommandés en complément. La pratique décisionnelle de la Commission européenne ainsi que la Cour de Justice continuent à établir l'existence d'un pouvoir de marché significatif sur la base de la part de marché détenue par l'entreprise en cause. Cette pratique est tant dans le cadre de l'article 102 TFUE (A) que dans le cadre du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations horizontales (B). La part de marché qui n'était pas retenue comme critère d'évaluation dans les premières prises de position de la Commission en matière d'ententes est devenue un critère exclusif pour l'application de l'article 101§3 TFUE (ex-article 81§3 CE). Nous examinerons cet aspect plus loin dans le chapitre 2.

A. *Le rôle de la part de marché dans la détermination d'une position dominante*

50. Avant la poursuite de notre analyse, il est nécessaire d'opérer un distinguo entre la notion de pouvoir de marché et celle de position dominante.

Pouvoir de marché et Position dominante

*Définition de la dominance*²⁰⁸

51. *Dans le droit de la concurrence de l'UE* : La notion de position dominante n'est pas définie dans le droit européen de la concurrence. C'est à l'occasion de l'arrêt *Sirena* que la Cour de Justice caractérise une position dominante par « *le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération,*

²⁰⁷ J. FARRELL & C.SHAPIRO, « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », préc.

²⁰⁸ La première tentative de définir la notion de domination se trouve dans le travail de 1621 de Leonardo LESSIUS sur « Gerechtigheit, Recht und die anderen Kardinaltugenden : « *Dominance comme la capacité d'un ou de quelques fournisseurs de vendre a type de produit particulier à un certain prix qui est librement fixé et indépendamment des concurrents et des acheteurs* » (nous traduisons), A. HORST, « Zur Messung von Marktmacht und ihres Missbrauchs », *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1978, p. 538.

compte tenu notamment de l'existence éventuelle, et de la position, de producteurs ou distributeurs écoulant des marchandises similaires ou substituables en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »²⁰⁹. La définition a été plus clarifiée dans l'arrêt *United Brands* où la Cour a retenu que « la position dominante visée par cet article concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »²¹⁰. À première vue, la définition semble être claire. Cependant, elle a fait l'objet de beaucoup de discussions. Un tout premier élément que l'on peut observer immédiatement, à la lecture de cette définition, est que la position dominante s'apprécie sur un marché en cause. Deuxièmement, la notion de position dominante telle qu'elle est définie par la Cour se réfère à la *puissance économique*²¹¹ qui résulte (i) du pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et (ii) de l'aptitude d'adopter un comportement indépendant. En réalité, la Cour de Justice n'a jamais établi une distinction entre ces deux éléments. Certains auteurs estiment qu'ils sont les mêmes²¹². En effet, l'indépendance de comportement et le pouvoir découlant de la puissance économique sont

²⁰⁹ Arrêt de la CJCE du 18 fév. 1971, *Sirena c./Eda et a.*, C-40/70, *Rec.* p. 69, attendu 16.

²¹⁰ Arrêt de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, *op. cit.*, attendu 65. La définition a été reprise de manière constante dans la jurisprudence européenne, v. également arrêts de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, *op. cit.*, attendu 38 ; du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA c./Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96P, *Rec.* p. I-1365, para. 34; arrêts du TPICE du 22 nov. 2001, *AAMS c./Commission*, T-139/98, *Rec.* p. II-3413, para. 51 ; du 12 déc. 2003, *British Airways c./Commission*, T-219-99, *Rec.* p. II-5917, para.189 ; du 23 oct. 2003, *Van den Bergh Foods c./Commission*, T-65/98, *Rec.* p. II-4653, para.154 ; du 23 fév. 2006, *Cemenbouw Handel & Industrie BV c./ Commission*, T-282/02, *Rec.* p. II-319, para. 195 ; arrêt du Tribunal du 1^{re} juillet 2010, *AstraZeneca AB c./Commission*, T-321/05, *Rec.* p. II-2830, para. 239 ; arrêt de la CJUE du 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom AG c./Commission*, C-280/08P, *Rec.* p. I-9607, para. 170.

²¹¹ La « *puissance économique* » est une notion de la théorie économique. Il semble que la Cour de Justice a fait référence à la définition du pouvoir de monopole donnée par Jacques HOUSSIAUX dans sa thèse magistrale intitulée « Le pouvoir de monopole : essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain », Sirey, Paris, 1958, p. 71: « [...] et le pouvoir de monopole, que nous avons défini comme le pouvoir qu'une firme détient sur un ou plusieurs marchés, du fait de sa puissance économique structurelle et de son comportement vis-à-vis des autres producteurs, de ses fournisseurs et de ses clients ».

²¹² D. NEVEN, R. NUTALL & P. SEABRIGHT, *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, Centre for Economic Policy Research, 1993, p. 18: « The Court has further confirmed that the ability to behave independently of competitors and customers will depend on whether competition is "effective", so that the two concepts can be taken as equivalent ». De plus, si la Cour de Justice a fait référence sa définition de domination à celle du pouvoir de monopole donnée par J. HOUSSIAUX, c'est cet auteur lui-même qui a indiqué que « [...] les deux variables structurelles ne sont pas indépendantes, l'action de l'entreprise sur son marché est en partie conditionnée par sa puissance économique. Et inversement, il n'est pas à exclure a priori que la puissance économique de la firme n'ait été causée par une certaine possibilité de domination du marché, à l'origine », *id.*, p. 65.

étroitement liés. L'indépendance de comportement n'étant que le fruit d'un pouvoir économique et la première permettant d'asseoir le second²¹³. Certains économistes considèrent que l'indépendance de comportement sur le marché est sans doute un concept purement juridique²¹⁴. Elle pose des problèmes lorsqu'elle est examinée dans le sens de la théorie économique selon laquelle la définition donnée par la Cour de Justice ne fournit pas une base permettant de distinguer les entreprises en position dominante de celles qui ne le sont pas. Cela s'explique par le fait qu'aucune entreprise n'est en mesure d'agir de façon entièrement indépendante sur le marché, autrement dit aucune entreprise, même les monopoles statutaires, n'ignorent vraiment les réactions de ses concurrents et de ses clients²¹⁵. Lorsqu'une entreprise décide d'augmenter ses prix, elle verra sa demande baisser car une partie de ses clients, soit se tourne vers le produit substituable fourni par les concurrents, soit cesse de consommer le produit. Si l'augmentation est au-delà du prix de réserve²¹⁶, ses clients cessent purement et simplement de consommer²¹⁷. Par ailleurs, la courbe de demande d'une entreprise dépend très largement de la préférence des consommateurs qui peut être modifiée à tout moment.

52. D'un point de vue juridique, il semble que la Cour de Justice n'a pas fait référence à l'indépendance de comportement au pouvoir d'augmenter le prix du produit de façon

²¹³ L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, PUR, 2013, 2^e éd., n° 80, p. 70.

²¹⁴ J. FAULL & A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3^e éd., 2014, n° 4.125, p. 356.

²¹⁵ H. DEFALVARD, *Fondements de la microéconomie : l'équilibre des marchés*, Bruxelles, de Boeck, 2003, p. 105 : « *Le pouvoir de marché du monopoleur est bien la première et fondamentale différence entre le cas concurrentiel et le monopole. Toutefois, ce pouvoir de marché n'est jamais absolu, mais relatif. Il est limité par la réaction de la demande face aux variations de prix* ». Pour les critiques de la définition donnée par la Cour, v. également D. GERADIN, P. HOFFER, F. LOUIS, N. PETIT & M. WALKER, « *The Concept of Dominance in EC Competition Law* », in *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, Collège d'Europe, 2005 ; E. AREZZO, « *Is There a Role for Market Definition and Dominance in An Effects-Based Approach?* », in M. O. MACKENRODT, B. CONDE GALLEGO & S. ENCHELMAIER (dir.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanism?*, Series: MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Springer, 2008, p. 5 ; G. MONTI, « *The Concept of Dominance in Article 82 EC* », *European Competition Journal*, vol. 2, spec. issue, 2006, p. 31-52 ; P. OLIVER, « *The Concept of "Abuse" of a Dominant Position Under Article 82 EC: Recent Developments in Relation of Pricing* », *European Competition Journal*, vol. 1, n° 1, 2005, p. 315-339 ; J. P. AZEVEDO & M. WALKER, « *Dominance: Meaning and Measurement* », *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 7, 2002, p. 363-367.

²¹⁶ Le prix de réserve doit être compris dans ce contexte celui de l'acheteur, c'est-à-dire le niveau de prix que les acheteurs sont prêts à payer pour un produit. Si l'entreprise augmente, pour maximiser leur profit, le prix du produit au-delà de ce prix de réserve, on parle en économie du seuil de « perte critique » du monopole. L'analyse de la « perte critique » (appelée aussi « l'élasticité critique de la demande ») est appliquée pour mettre en œuvre le test SSNIP. Selon G. WERDEN, « *La perte critique est la perte maximum de quantité vendue qu'un monopoleur serait disposé à subir pour maintenir une hausse de prix donnée* », (nous traduisons), in « *The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm* », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, 2003, p. 253-269, spéc. p. 267.

²¹⁷ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2013, n° 728, p. 273.

entièrement indépendante mais au pouvoir d'augmenter le prix du produit « *dans une mesure appréciable* ». L'indépendance citée ici devrait être comprise dans le sens où elle renvoie à l'influence majeure, ou en d'autres termes, à un degré élevé de contrôle du marché, dont dispose l'entreprise dominante sur le marché. Ainsi, l'indépendance de comportement dont jouit l'entreprise dominante n'est pas absolue mais il s'agit d'une question de degrés.

53. La Commission européenne a repris la définition donnée par la Cour et essayé d'apporter davantage de clartés sur cette notion dans sa communication sur les orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques abusives des entreprises dominantes²¹⁸. Il est indiqué dans le point 10 de la Communication que la notion d'indépendance « *est liée au degré de pression concurrentielle exercée sur l'entreprise en question* ». Cette précision semble avoir clarifié le pouvoir d'agir « *dans une mesure appréciable* » utilisé dans la définition de la Cour de Justice. Elle affirme ainsi que la notion d'indépendance de comportement est une question de degré et n'est pas une question d'absolu. Dans ce sens, les décisions de l'entreprise sont très largement insensibles aux actions et réactions des concurrents, des clients et, finalement, des consommateurs. La question qui se pose maintenant est de savoir à partir de quel seuil l'indépendance du comportement doit être jugée appréciable ?

54. *Dans le droit de la concurrence du Vietnam* : Comme le droit de la concurrence de l'UE, la notion de position dominante n'est définie ni dans le droit de la concurrence du Vietnam ni dans la décision du conseil de l'affaire anticoncurrentielle dans l'affaire *Vinapco*²¹⁹ – la première et seule décision en matière d'abus de position dominante depuis l'entrée en vigueur de la Loi de la concurrence en 2004. Au lieu de donner une définition à la notion, la loi fixe des seuils servant de base pour la détermination d'une position dominante.

Position dominante est la traduction juridique du pouvoir de marché

55. Bien que l'expression de « *pouvoir de marché* » ne soit pas explicitement mentionnée par la Cour de Justice dans sa définition de dominance, celle-ci contient la même substance que le

²¹⁸ Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 fév. 2009, spéc. pt. 10.

²¹⁹ Décision N° 11/QĐ-HĐXL du 14 avril 2009 du Conseil de l'affaire anticoncurrentielle, affaire *Vinapco*.

pouvoir de marché défini par les économistes²²⁰. Depuis la modernisation de la politique européenne de concurrence en 2009, l'expression de « pouvoir de marché » a été explicitement exposée dans la Communication de la Commission européenne sur les priorités pour l'application de l'article 82 du traité CE²²¹. Il apparaît même dans un grand intitulé. La Commission a clairement indiqué dans le point 10 que « *l'existence d'une position dominante implique que cette pression concurrentielle n'est pas suffisamment efficace, et partant, que l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché substantiel et durable* », et plus loin dans le point 11 qu' « *une entreprise capable d'augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période ne subit pas de pressions concurrentielles effectives suffisantes et peut donc, d'une manière générale, être considérée comme dominante* ». Il convient de noter que la Commission européenne a tenté d'adopter une approche plus économique depuis 2005 dans le document de travail sur l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'exclusion abusives²²². En effet, la notion de dominance est considérée dans ce document dans une pensée plutôt économique lorsqu'elle se réfère à la notion de pouvoir de marché. Cette approche est bien soutenue par la plupart des économistes. Elle a été adoptée officiellement dans cette Communication de 2009. Toutefois, il est à préciser que la Commission n'a pas laissé de côté l'approche de la Cour de Justice qui est qualifiée de plus traditionnelle. Clairement, la Commission a repris la définition de la Cour de Justice de dominance, et puis expliqué la notion en terme économique en introduisant l'expression de pouvoir de marché substantiel. Certains auteurs estiment qu'il existe deux modèles de définition de la notion de dominance : le modèle structuraliste qui considère la dominance comme coexistant avec le pouvoir de marché substantiel et durable, adopté par la Commission européenne dans sa Communication ; et le modèle de comportement qui considère la dominance comme la capacité de restreindre la concurrence, adopté par la Cour de Justice²²³. De notre point de vue, ces deux définitions sont étroitement liées et coextensives²²⁴. La capacité d'une entreprise dominante de

²²⁰ V. *supra*, n° 44.

²²¹ *Op. cit.*

²²² Disponible sur le site <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (consulté le 3 décembre 2014).

²²³ R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, OUP, 2011, p. 328.

²²⁴ Bien que la relation de ces deux définitions ne soit pas clairement discernée dans la jurisprudence et que cela conduit certains auteurs à conclure que la dominance est le pouvoir commercial plutôt que le pouvoir de marché. Voir G. MONTI, « The Concept of Dominance in Article 82 EC », *op. cit.*

porter atteinte à la concurrence effective présuppose qu'elle dispose d'un pouvoir de marché substantiel et durable. Il est tout à fait compréhensif qu'une entreprise ayant un pouvoir de marché faible n'est pas capable d'influencer les prix du produit commercialisé ou du service fourni, autrement dit de hausser le prix sans que ce comportement ne lui cause un quelconque préjudice. En revanche, on peut dire qu'une entreprise n'ayant pas de pouvoir de marché significatif mais dispose d'un brevet peut très bien influencer le marché lorsqu'un tel brevet est nécessaire pour accéder ou répondre aux normes imposées dans une industrie. Pour cela, la Commission prend soin de préciser dans sa communication l'expression « augmenter les prix » qui « *comprend le pouvoir de maintenir les prix au-dessus du niveau concurrentiel ; elle décrit en abrégé les différentes manières dont les paramètres de la concurrence, tels que les prix, la production, l'innovation, la variété ou la qualité des biens ou des services, peuvent être influencés au profit de l'entreprise dominante et au détriment des consommateurs* ». Ainsi, l'expression « augmenter les prix » considérée par la Commission a un sens plus large que celle considérée dans l'économie. Elle ne vise pas simplement et étroitement le prix du produit mais considère aussi l'influence d'autres paramètres de concurrence : la production, l'innovation, la variété et la qualité des produits.

56. Si le pouvoir de marché est une notion économique et que les économistes suggèrent de lier la dominance à la notion de « pouvoir de marché substantiel », ils n'expliquent pas à partir de quel seuil un pouvoir de marché est jugé substantiel.

57. Le droit communautaire et le droit vietnamien ainsi que dans la quasi-totalité des pays où il existe un droit de la concurrence se reconnaissent à l'importance du facteur de la part de marché dans la qualification de position dominante. Il s'agit en effet de l'indicateur le plus direct de la position d'une entreprise sur un marché²²⁵ et la position dominante ne peut, semble-t-il, être établie en l'absence d'indications de part de marché²²⁶. Lorsqu'une entreprise ne détient que de très faibles parts de marché de référence, de l'ordre de 6 à 10%, sa position dominante sera écartée. Au contraire, la détention d'une part très importante du marché de référence est un indice essentiel de la position dominante. La question qui se pose à cet égard est celle de savoir

²²⁵ Conseil de la Concurrence de la République française, déc. n° 09-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, 5 fév. 2009, para. 124.

²²⁶ Arrêt de la Cour d'Appel de Paris (1^{re} chambre, Section H) du 16 juillet 2002 relatif au recours formé par la SA Pharmajet contre la décision n° 2002-MC-09 du Conseil de la concurrence en date du 12 juin 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharmajet, BOCCRF du 21 octobre 2002, p. 595.

quelle importance doit avoir la part de marché d'une entreprise pour faire présumer sa position dominante (1). La signification de cette part de marché doit être corrigée par sa comparaison avec celles des entreprises concurrentes (2) et son évolution doit être prise en compte (3).

1. L'importance de la part de marché absolue.

58. La part de marché absolue s'entend en pourcentage de l'ensemble des ventes ou des prestations de services ayant eu lieu sur le marché en cause qui est imputable à l'entreprise considérée, au cours de la période la plus proche possible du moment où l'on analyse son pouvoir de marché (en général l'exercice comptable précédent)²²⁷.

59. Comme on a mentionné que la part de marché est le premier élément pris en compte par plusieurs pays dans la qualification de position dominante, la différence essentielle dans le droit de chaque pays est la fixation du seuil de part de marché. Par exemple, en Allemagne, un seuil de 40% de part de marché laisse supposer une position dominante²²⁸. Le seuil fixé par la Russie est de 65%. Aux États-Unis, le niveau de la part de marché permettant d'induire l'existence d'une position dominante est très élevé, supérieur à 70%²²⁹. En France, aucun texte législatif ou réglementaire ne prévoit un seuil de part de marché au-delà duquel la position dominante est présumée. Cependant, la jurisprudence française montre que ce seuil doit être égal ou supérieur à 40%²³⁰.

²²⁷ A. DECOCQ & G. DECOCQ, Droit de la concurrence, LGDJ, 6^e éd., 2014, p. 114.

²²⁸ Loi sur les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), §18-4 : « Une entreprise est supposée occuper une position dominante sur le marché dès lors qu'elle détient au moins 40% du marché » (nous traduisons). Avant la révision de la loi en 2013, le seuil de part de marché retenu était de 33%.

²²⁹ *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416, 424 (1945); *United States v. Dentsply International Inc.*, 399 F. 3d 181, 187 (3d Cir. 2005); *Arthur S. Langenerfer v. S.E. Johnson Co.*, 917 F.2d 1413, 1432 (6th Cir. 1990).

²³⁰ Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-44 du 21 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Provence (anciennement dénommé Le Provençal) dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille, point 35 (une détention d'une part de marché de 92% constitue l'indice suffisant d'une position dominante) ; décision n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, pts. 169-170 (l'entreprise détenant d'une part de marché de 40% est en position dominante, notamment au regard du fait que le numéro deux du marché avait une part de marché représentant moins de tiers, et le numéro trois une part de marché représentant moins du quart de celle de l'entreprise dominante) ; décision n° 07-D-37 du 7 novembre 2007 relative à une saisine de l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le Groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile (une part de marché proche de 50% peut être considérée comme insuffisante pour caractériser une position dominante, dès lors que les deux autres concurrentes détenaient des parts de marchés importantes).

60. Le droit de la concurrence du Vietnam fixe cinq seuils de part de marché correspondant au nombre d'entreprises. Les seuils fixés²³¹ sont respectivement de 30% (une entreprise), 50% (deux entreprises), 65% (trois entreprises), 75% (quatre entreprises) et 85% (cinq entreprises ou plus). Cette délimitation des seuils résulte de la réalité du marché vietnamien dont 96% des entreprises sont des petites et moyennes entreprises. Par conséquent, il est rare que les entreprises détiennent une part égale ou supérieure à 30%. En outre, les documents juridiques concernés comme l'ordonnance sur les télécommunications utilisent également le seuil de 30% pour déterminer la position dominante d'une entreprise de télécommunications²³². En ce sens, la position dominante d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises est présumée dès lors que sa part de marché dépasse les seuils fixés. La part de marché joue donc un rôle décisif pour la qualification de la dominance. Cela signifie que la délimitation du marché pertinent constitue une étape indispensable dans le processus de décision de l'autorité de la concurrence vietnamienne, notamment dans le contexte où elle est peu expérimentée et manque de ressources humaines de qualité pour pouvoir appliquer des méthodes économétriques compliquées²³³. Il convient toutefois de reconnaître que l'utilisation de ce seul critère de part de marché sans tenir compte d'autres éléments, sauf cas exceptionnel, pourrait aboutir à une évaluation erronée de la position de l'entreprise.

61. Pour la qualification de dominance individuelle, la loi de la concurrence révisée en 2018 prévoit également qu'une entreprise est qualifiée de dominante sur le marché dès lors qu'elle a un *pouvoir de marché substantiel*²³⁴. Celui-ci est évalué sur la base de neuf critères fixés dans l'article 26 de la loi. Le projet de décret relatif à l'application précise de certaines de ses dispositions²³⁵, toujours en attente d'approbation par le gouvernement, apporte certaines précisions sur l'examen de ces critères. Il s'agit d'une contribution importante que cette révision

²³¹ Loi de la concurrence de 2018, *op. cit.*, article 24.

²³² Ministère du Commerce, *Rapport des accueils et des réponses relatifs aux opinions des députés du Gouvernement sur le projet de la Loi de la concurrence*, Hanoï, le 13 juillet 2004

²³³ V. *infra*, n° 885 et s.

²³⁴ Loi de la concurrence de 2018, *op. cit.*, article 24.

²³⁵ Ci-après « projet de décret », disponible sur le site http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/congdan/DuThaoVanBan?piref135_27935_135_27927_27927.mode=displayreply&piref135_27935_135_27927_27927.id=2631 (consulté le 25 octobre 2019).

apporte à l'appréciation de la concurrence²³⁶, bien qu'il soit nécessaire d'apporter davantage de précision sur les termes employés dans le texte.

62. L'Union européenne, en revanche, dans aucun texte, fixe la présomption quant à la détention d'une position dominante. Dans les orientations de février 2009 sur les priorités pour l'application de l'article 81 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission établit trois présomptions, elle « *considère que des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Elle sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente de 40% du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante. Il peut toutefois y avoir des cas au-dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement d'une entreprise en position dominante, notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité. Ces cas semblent aussi mériter de retenir l'attention de la Commission* ». Il ressort de la jurisprudence européenne que la Commission et les juges reconnaissent, sauf circonstances exceptionnelles, l'existence d'une position dominante si l'entreprise détient une part de marché supérieure à 50%. Ainsi, *Hoffmann-La Roche*²³⁷ a été jugé en position dominante sur les marchés de vitamines A²³⁸, B2, B6, C, E et H pour la détention d'une part de marché respectivement de 47%, 86%, 95%, 68%, 70% et 95%. La CJCE a rappelé explicitement à l'occasion de l'arrêt *AKZO*²³⁹ que « *s'agissant des parts de marché, la Cour a jugé que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. Tel est le cas d'une part de marché de 50% comme celle constatée en l'espèce* ». Dans un arrêt récent en 2003, le TPICE a énoncé qu'« *une part de marché s'élevant entre 70 et 80% constitue, en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante*²⁴⁰ ». Il a considéré, dans l'affaire *Tetra*

²³⁶ Il convient de souligner que l'ancienne loi de la concurrence de 2004 a prévu qu'une entreprise est qualifiée de dominante sur le marché dès lors qu'elle a capacité de limiter de manière sensible la concurrence. Pourtant, ni la loi ni le décret 116/2005/ ND-CP n'apportent de précisions sur la qualification de la sensibilité de l'atteinte d'une pratique à la concurrence alors que les législateurs se contentaient de donner dans ledit décret sept critères sur la base desquels la sensibilité de l'atteinte à la concurrence doit être appréciée.

²³⁷ *Op. cit.*

²³⁸ La Cour a considéré que Hoffmann-La Roche, avec une part de marché de 47% (inférieure à 50%), détenait une position dominante sur le marché de vitamine A, le deuxième producteur n'atteignant qu'un peu plus de la moitié de ce pourcentage.

²³⁹ Arrêt de la CJCE du 3 juillet 1991, *AKZO c./Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359.

²⁴⁰ Arrêt du TPICE du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a c./Commission*, T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec.* p. II-3275, para. 907.

Pak II, que la détention par Tetra Pak d'une part d'environ 90% sur les marchés aseptiques des machines et des cartons pendant une période de plus de quinze ans faisait d'elle un partenaire obligatoire pour ses clients et lui assurait l'indépendance de comportement caractéristique d'une position dominante²⁴¹.

63. Tout cela nous laisse voir que la part de marché absolue est un indice valable, même très significatif permettant de donner les premières vues de la situation de l'entreprise en cause. En réalité, les entreprises détenant une part de marché élevée attirent plus souvent l'attention des autorités par rapport à celles avec une part de marché moindre, même si elles font du commerce de façon correcte et loyale. Alors une fois qu'elles sont tombées à l'œil des enquêtes, la part de marché détenue pourrait constituer l'orientation de l'enquête.

64. Une part de marché absolue élevée n'est pas nécessairement révélatrice de position dominante. Cependant une telle part très élevée détenue pendant une période relativement longue reflétera dans la quasi-totalité des cas la position dominante de l'entreprise. Ainsi l'approche adoptée par la Commission européenne et la Cour de Justice ne pose problème que dans la mesure où le seuil de part de marché retenu n'est pas suffisamment élevé pour éviter le risque qu'il ne soit pas un indicateur fiable de dominance. Dans la jurisprudence de la Cour, la part de marché absolue détenue par l'entreprise concernée était examinée conjointement à celle détenue par ses concurrents pour conforter la fiabilité de la part de marché comme révélateur de dominance.

2. L'importance de la part de marché relative.

65. Le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et par ses concurrents constitue un indice valable de la position dominante de cette première parce qu'il permet d'évaluer la capacité concurrentielle des concurrents de celle-ci, autrement dit la pression concurrentielle exercée sur l'entreprise en cause. En effet, lorsque l'écart entre la part de marché de l'entreprise concernée et celle de ses concurrents est important, la position de force de la première est renforcée.

66. Ainsi, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la compagnie *United Brands*, qui n'aurait pas été considérée comme en position dominante, 50% n'étant pas atteint par celle-

²⁴¹ Arrêt du TPICE du 6 oct. 1994, *Tetra Pak II c./Commission*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, para. 109.

ci²⁴², détenait une telle position, cette part étant plusieurs fois supérieure à celle du concurrent le mieux placé²⁴³, d'autres facteurs confirmant qu'elle disposait d'une indépendance de comportement. Le Tribunal suit le même raisonnement de la Cour en indiquant dans l'arrêt *Tetra Pak II* qu'une part de marché d'environ 50% sur les marchés non aseptiques détenue par Tetra Pak qui dévancait, à elle seule, de 10 à 15% les parts réunies de ses deux principaux concurrents a pu être considérée par la Commission comme constitutive d'une position dominante²⁴⁴. La Commission, si dans sa même décision²⁴⁵ constatait, de manière abstraite au point 99, l'existence d'une telle position occupée par l'entreprise en cause. Elle a conclu, suite à ses analyses détaillées au point 101 de l'évolution des parts de marché de Tetra Pak, de l'écart entre les siennes et celles détenues par ses deux concurrents immédiats et des autres facteurs, qu'« *il n'est cependant pas nécessaire d'établir, dans le cadre de la présente procédure, si le pouvoir de marché que procure à Tetra Pak sa position de leader sur ces marchés non aseptiques devait être assimilé à l'occupation directe d'une position dominante au sens de l'article 86* ». Autrement dit ni les parts de marché ni un certain nombre d'éléments additionnels renforçant la puissance de Tetra Pak sur ce marché ne permettaient de considérer que cette dernière occupait une position dominante au sens de l'article 86.

67. Cette jurisprudence a renforcé la volonté de la Cour et du Tribunal d'accorder une plus grande importance que celle que la Commission reconnaît aux parts de marché dans le cadre de l'article 82 (devenu l'article 102 TFUE). Cette volonté a également été exprimée près d'une décennie plus tard dans un arrêt de *British Airways* lorsque le Tribunal prend soin d'affirmer que pour déterminer si le raisonnement développé par la Commission pour établir la position dominante de British Airways n'est pas entaché d'éventuelles erreurs d'appréciations, doit être « *pris en compte l'indice hautement significatif constitué par la détention de parts de marché d'une grande ampleur par l'entreprise en cause ainsi que le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et par ses concurrents immédiats* ²⁴⁶ ». Ainsi, avec une part de marché de 39,7%, British Airways a été jugé par le Tribunal détenir la position dominante sur le marché britannique des services d'agences de voyages, malgré la réduction de ses parts de

²⁴² Arrêt de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, *op. cit.*, attendus 107-109.

²⁴³ *Id.*, attendu 111.

²⁴⁴ *Op. cit.*, attendu 119

²⁴⁵ Décision de la Commission du 24 juillet 1991, IV/31.043, *Tetra Pak II*, JOCE L 72 du 18 mars 1992.

²⁴⁶ Arrêt du TPICE du 17 déc. 2003, *British Airways c./Commission*, *préc.*, attendu 210.

marché de 46,3% en 1992 à 45,6% en 1993, 43,5% en 1994, 42,7% en 1995, 40,3% en 1996, 42,0% en 1997 et 39,7% en 1998. Étant substantiel l'écart invariable entre les parts de marché de British Airways et les parts de marché de son concurrent immédiat (Virgin avec seulement 5,5%) ainsi que celles cumulées de ses quatre principaux concurrents (18%) présents sur le marché en cause.

68. Le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et par ses concurrents immédiats est très souvent retenu par les autorités tant communautaires que nationales pour justifier, avec le critère de part de marché absolue, l'existence de la position dominante d'une entreprise. L'examen de la jurisprudence européenne permet de constater que cet élément joue parfois le rôle décisif, même si la part de marché absolue détenue par l'entreprise concernée suffit à caractériser leur position dominante sur le marché en cause. Revenons à l'affaire *Hoffmann-La Roche*, une part de 51% du marché des vitamines B3 n'a pas été considérée comme suffisante par la Cour pour qualifier *Hoffmann-La Roche* de position dominante, un concurrent de celle-ci détenant 30% de ce marché²⁴⁷.

69. Un autre aspect du critère de la part de marché qui nécessite d'être examiné dans l'appréciation d'une position dominante est l'évolution et la durabilité des parts de marché. Il s'agit d'un aspect qui n'est pas toujours pris en compte par les autorités de la concurrence. Toutefois, nous estimons qu'il est un aspect important dans l'ensemble d'examen du critère de part de marché et qu'il est nécessaire à être pris en considération de façon systématique.

3. L'évolution et la durabilité des parts de marché.

70. Une entreprise n'est pas capable de se mettre à l'abri des représailles ou des réactions éventuelles mises en œuvre par ses rivaux en réponse à son comportement sur le marché même si sa détention d'une part de marché significative ne l'est que dans un laps de temps relativement court. Ainsi, son comportement n'est pas indépendant et sa position sur le marché ne peut pas être qualifiée de dominante selon la définition de la Cour de Justice. Si cette dernière a précisé de manière constante qu'une part de marché très élevée est suffisante, sauf cas exceptionnel, pour déterminer une position dominante, elle a également précisé que la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant *une période d'une*

²⁴⁷ *Op.cit.*, attendu 58.

certaine durée [...], dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui lui assure tout au moins *pendant des périodes relativement longues*, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante²⁴⁸. Alors la détention d'une part de marché significative doit être considérée dans une certaine durée pour que l'existence d'une position dominante soit établie. Hoffmann-La Roche détenait sur le marché du groupe des vitamines B6 une part de marché de 87%-90% qui est un niveau très élevé. Ce niveau a été maintenu pendant une période de trois ans constituant la preuve de sa position dominante. Dans l'affaire *AKZO*, la Cour a indiqué que celle-ci détenait une part de marché stable de 50% pendant trois ans (de 1979 à 1982) et ajouté qu'elle n'avait pas fourni d'éléments qui démontreraient que cette part a diminué au cours des années ultérieures²⁴⁹. Ces éléments ont été considérés comme preuve de l'existence d'une position dominante. Bien que la Cour n'ait pas indiqué la période minimale de la détention des parts de marché pour que celle-ci soit considérée comme preuve de l'existence d'une position dominante, la lecture de la jurisprudence montre qu'une période minimale de trois ans a été prise par la Cour comme suffisamment longue pour pouvoir caractériser la dominance²⁵⁰. Toutefois, la durée de la détention des parts de marché dépend de la nature du marché et ne peut pas être systématiquement prise comme référence d'un marché à l'autre.

71. La Commission européenne accorde une attention particulière, plus forte que la Cour de Justice, semble-t-il, à l'élément de durée de la détention des parts de marché élevées. En effet, elle ne se contente pas de considérer le niveau élevé des parts de marché à lui seul pour caractériser la position dominante. Dans sa communication de 2009 relative aux orientations sur les abus d'éviction, elle considère qu'une part de marché élevée et détenue longtemps constituera très probablement « *un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominante et, dans certaines circonstances, d'éventuels effets graves de pratiques abusives, justifiant une intervention de la Commission en vertu de l'article 82*²⁵¹ ».

²⁴⁸ Arrêt de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, *op. cit.*, attendus 41 et 44.

²⁴⁹ Arrêt de la CJCE du 3 juillet 1991, *AKZO c./Commission*, *op. cit.*, para. 59.

²⁵⁰ Cependant, D. GERADIN, P. HOFFER, F. LOUIS, N. PETIT & M. WALKER estiment qu'une période de moins de 3-5 ans n'est pas susceptible d'être suffisante pour que la part de marché soit utilisée même comme un premier indicateur du pouvoir de marché, « *The Concept of Dominance in EC Competition Law* », *in Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, Collège d'Europe, 2005.

²⁵¹ *Op. cit.*, point 15.

72. Il est certainement que l'indice de part de marché ne doit pas être un exercice statistique. Il doit être examiné par rapport à celui des autres facteurs et à l'évolution du marché concerné. Nous estimons que l'examen de la durabilité de la détention et de l'évolution des parts de marché devrait être effectué de façon systématique. L'évaluation du niveau significatif des parts de marché, complétée par l'examen de son évolution sur le marché en cause peut être plus informative et donner un résultat plus fiable de la position de l'entreprise sur le marché que l'examen du seul niveau des parts de marché.

73. Conclusion du A. Les économistes critiquent souvent ce critère de part de marché pour le fait qu'il est une évaluation statistique, qui ne permet pas de refléter la position réelle de l'entreprise sur le marché. Cela peut s'expliquer par le fait que les autorités de la concurrence se concentrent sur l'examen du niveau des parts de marché sans accorder une importance considérable aux facteurs de durabilité et d'évolution des parts de marché. Ceux-ci sont pris en compte mais de façon non systématique et moins analysés. Il est nécessaire de confirmer que la part de marché est un facteur prépondérant dans la détermination de la position dominante de l'entreprise. Cela signifie également que la délimitation du marché pertinent constitue le préalable primordial à toute investigation dans le cadre de l'article 102 TFUE. Toutefois, le critère de part de marché doit être examiné dans une globalité. Pour ce faire, nous suggérons que les éléments suivants soient analysés hiérarchiquement en examinant ce critère : (i) la part de marché absolue de l'entreprise en cause ; (ii) la part de marché relative de l'entreprise en cause ; (iii) la durée de la détention des parts de marché de l'entreprise en cause ; et (iv) l'évolution passée et future²⁵² des parts de marché de l'entreprise en cause et de ses concurrents.

74. Transition. Le critère de part de marché prend toute son importance en matière de contrôle des concentrations qui est lié directement à l'examen de l'acquisition ou du renforcement d'une position dominante, malgré la réforme majeure en 2004 portant sur les critères d'appréciation de l'opération de concentration.

B. Le rôle de la part de marché dans les opérations de concentrations

75. Il convient de noter que tout rapprochement d'entreprise ne suscite pas un contrôle. Ainsi, une entente est une forme de rapprochement mais qui ne relève pas d'une concentration. Il faut

²⁵² L'évolution probable des parts de marché dans le futur est importante notamment sur les marchés marqués par de rapides innovation et technologies ou par une importante saisonnalité.

donc être en présence d'une concentration « contrôlable ». Afin de déterminer une concentration contrôlable, le droit européen se fonde sur l'atteinte à la concurrence dont la forme la plus fréquente est la position dominante (1). Cette approche a été adoptée dans la loi vietnamienne de la concurrence révisée en 2018 (2).

1. La part de marché : premier filtre brut du pouvoir de marché en droit européen.

76. Depuis la réforme majeure de 2004, les opérations de concentrations sont appréciées dans le cadre du contrôle européen non plus sur le test de *la position dominante* mais désormais sur le test de *l'atteinte significative à la concurrence effective*²⁵³ (*Significant impediment to effective competition – SIEC*). En effet, l'article 2 §3 du règlement CE 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises²⁵⁴ prévoit que sont incompatibles les concentrations « *qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* ». Il convient donc de rechercher si l'opération peut conduire à des restrictions de concurrence sans rechercher préalablement si elle débouche sur un risque de création ou de renforcement d'une position dominante. La création ou le renforcement d'une position dominante ne sont plus le fondement de l'appréciation d'une opération de concentration mais restent visés. Ils sont par ailleurs considérés au point 2 des Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales²⁵⁵ comme un critère majeur de l'atteinte significative à la concurrence. En réalité, la révision de l'article 2 §3 du règlement est une

²⁵³ Cette nouvelle approche européenne dans l'appréciation d'une opération de concentrations a inspiré de celle du droit américain qui applique le test dit *Substantial Lessening of Competition* ou le test SLC. Certains pays de l'UE qui sont la Grande-Bretagne et l'Irlande ont récemment adopté ce test. Ce nouveau test a été l'objet de vastes débats et son introduction par la Commission européenne dans l'examen des concentrations a été vivement critiquée, notamment par le *Bundeskartellamt* – l'autorité allemande de la concurrence – qui estime que l'ancien test de dominance pouvait couvrir déjà tous les issus concurrentiels qui sont probablement critiquables, voir *Report No.13892/03 of the competition working party to the Permanent Representatives Committee*, 24 octobre 2003, disponible sur le site <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st13892.en03.pdf> (consulté le 4 décembre 2014); *Report No.15122/03 of the Permanent Representatives Committee to the Council*, 21 novembre, 2003, disponible sur le site <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st15122.en03.pdf> (consulté le 4 décembre 2014). Pour des critiques du test, v. également A. WEITBRECHT, « EU Merger Control in 2004: An Overview », *European Competition Law Review*, vol. 26, n° 2, 2005, p. 67-74; F. E. GONZÁLEZ DÍAZ, « The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole? », *World Competition Law and Economics Review*, vol. 27, n° 2, 2004, p. 177-201. Cependant, il convient de noter que la Commission n'a pas changé radicalement le test de dominance qui est appliqué depuis le Règlement 4064/89 en n'appliquant pas le pur modèle du test SLC appliqué aux États-Unis.

²⁵⁴ Préc.

²⁵⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, préc..

clarification du test de la position dominante. La nouvelle conception est interprétée de façon plus large qui, pour les objectifs du contrôle communautaire des concentrations, couvre désormais les concentrations ayant des effets anticoncurrentiels qui résultent non seulement de la position dominante individuelle ou collective mais aussi de l'infra-dominance²⁵⁶. D'un point de vue pratique et après plus d'une décennie d'application²⁵⁷ du nouveau test, la pratique décisionnelle de la Commission montre que l'évaluation de l'incompatibilité d'une concentration dans le cadre du nouveau règlement a une même approche analytique²⁵⁸ que l'ancien règlement. En effet, l'évaluation s'effectue en deux étapes : la Commission cherche à savoir (1) si la concentration crée ou renforce une position dominante²⁵⁹ exercée par la nouvelle entité et (2) si cette concentration entrave de manière significative la concurrence effective sur le marché en cause.

77. Bien que le concept de position dominante ne soit pas perçu de la même façon dans l'article 102 TFUE et dans le nouveau règlement du contrôle des concentrations²⁶⁰, le cadre analytique de la position dominante dans ces deux textes est le même. En effet, la Commission prend en considération, pour cette analyse, quatre éléments : (i) la position de la nouvelle entité sur le marché ; (ii) la puissance/la position des concurrents ; (iii) la puissance d'achat et ; (iv) la concurrence potentielle²⁶¹.

²⁵⁶ En réalité, l'infra-dominance a été identifiée par la Commission européenne de la catégorie des effets unilatéraux. En précisant, les effets unilatéraux peuvent être résultés désormais de deux scénarios : 1) l'entité fusionnée détient une position dominante à l'issue de l'opération et peut le cas échéant individuellement augmenter les prix sur le marché (*paramount market position* en anglais); 2) l'entité fusionnée a la possibilité d'augmenter les prix ou de réduire sa production alors même qu'elle ne dispose pas d'une position dominante sur le marché. C'est le cas des fusions intervenant sur des marchés oligopolistiques.

²⁵⁷ Depuis l'entrée en vigueur du règlement 139/2004, la Commission européenne a interdit jusqu'en septembre 2016 six opérations de concentration qui interviennent sur des marchés oligopolistiques. Elle a appliqué le test d'atteinte significative à la concurrence pour demander des mesures correctives dans au moins deux affaires *BASF/CIBA* (Décision de la Commission du 12 mars 2009) et *E.ON/MOL* (Décision de la Commission du 21 décembre 2005, JOUE L 253/20). Cependant, un même résultat devrait être produit en appliquant l'ancien test de dominance dans ces affaires.

²⁵⁸ Si une différence il y a, c'est que l'ancien test ne s'applique pas aux concentrations oligopolistiques non collusives.

²⁵⁹ Bien que la création ou le renforcement d'une position dominante qui a été un pré-requis de l'ancien test ne le soit plus dans le nouveau test, elle demeure un nécessaire dans le cadre analytique de celui-là.

²⁶⁰ M. MONTI, « [...] *the approach has - I think - the advantage of not linking the definition of dominance under the Merger Regulation to any future interpretations given by the ECJ to the concept of dominance under Article 82 of the Treaty* », in « Merger Control in the European Union: A Radical Reform », discours prononcé dans la conférence de la Commission européenne sur le contrôle des concentrations, 7 novembre 2002, Bruxelles, p. 4, disponible sur le site : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-545_en.htm?locale=en (consulté le 4 décembre 2014).

²⁶¹ Le XXI^{ème} Rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1991, Annexe III, p. 408.

78. Les Lignes directrices sur les concentrations horizontales proposent d'utiliser des seuils, en fonction de la part de marché et du degré de concentration, afin d'évaluer la position qu'occupe la nouvelle entité sur le marché à l'issue de l'opération et d'identifier les situations qui sont préoccupantes pour la concurrence nécessitant donc une étude plus approfondie. L'indice de part de marché constitue ainsi le premier filtre brut du pouvoir de marché de l'entreprise. Il fournit une première vue de l'image de la structure de l'offre du marché sur lequel aura lieu l'opération de concentration (a). Il sert également à mesurer le degré de concentration qui est exprimé par l'indice *Herfindahl-Hirschman* – un deuxième indice introduit par la Commission dans l'évaluation du pouvoir de marché des entreprises fusionnantes (b).

a. La part de marché : première indication de la structure de l'offre du marché

79. L'examen des parts de marché fait l'objet des toutes premières investigations. La part de marché n'est pas considérée comme déterminante de l'incompatibilité d'une opération de concentration mais elle constitue un indice justifiant l'ouverture de la phase II – l'examen approfondi de l'opération. La Commission européenne indique dans ses Lignes directrices sur les concentrations horizontales que les parts de marché et les degrés de concentration donnent souvent une première indication utile sur la structure du marché et sur l'importance, sous l'angle de la concurrence, des parties à la concentration et de leurs concurrents²⁶². Il serait nécessaire de rappeler que chaque entreprise exerçant une activité commerciale sur un marché donné a un pouvoir de marché. La question qui se pose n'est pas de constater s'il existe un pouvoir de marché mais si le pouvoir de marché que détiennent les entreprises en cause est significatif. Il s'agit alors d'une question de degré. Une concentration n'est pas autorisée si la nouvelle entité dispose d'un pouvoir de marché substantiel.

80. En se fondant sur le constat qu'une faible part de marché ne permet pas à une entreprise, sauf circonstances particulières, d'avoir un pouvoir de marché suffisamment significatif pour entraver la concurrence, le règlement 139/2004 a prévu au considérant 32 que l'opération est présumée compatible avec le marché commun dès lors que les parts de marché détenues par les entreprises concernées n'excèdent pas 25%²⁶³. Cependant, le droit européen du contrôle des concentrations n'a pas prévu un niveau de part de marché au-delà duquel est présumée une

²⁶² Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, point 14.

²⁶³ Ce seuil de part de marché est utilisé pour déterminer la zone de sécurité en matière de concentration.

création ou un renforcement d'une position dominante. Constamment, une part égale ou supérieure à 50% peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché, mais une concentration ayant pour effet de porter la part de marché à des niveaux inférieurs même à 40% pourraient également entraîner la création ou le renforcement d'une position dominante²⁶⁴. Les seuils de part de marché sont ainsi examinés au cas par cas. Il convient toutefois de noter que depuis l'entrée en vigueur du règlement 139/2004, la Commission a interdit six projets de concentration dont aucun ne détenait des parts de marché cumulées, détenues par les entreprises fusionnantes, étaient inférieures à 40%²⁶⁵. Dans la concentration d'*Aegean Airlines/Olympic Air*²⁶⁶, la Commission a interdit le projet au motif que l'opération aurait engendré un quasi-monopole sur neuf liaisons, les entreprises fusionnantes contrôlant plus de 90% du marché intérieur grec du transport aérien²⁶⁷. Avec ce même niveau de part de marché, même plus élevé, elle avait autorisé en 2009 la concentration de *Posten/Post Danmark*²⁶⁸, mais après l'examen des engagements proposés par les parties concernées²⁶⁹. Pour

²⁶⁴ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, point 17.

²⁶⁵ Le niveau de parts de marché le plus bas d'une concentration qui a été interdite par la Commission depuis l'existence du droit du contrôle des concentrations est de 50%, décision de la Commission du 20 nov. 1996, IV/M.784, *Kesko/Tuko*, JOCE L 110 du 26 avril 1997. Trente projets de concentrations sur un volume total de 7526 opérations examinées (jusqu'au 31 octobre 2019) ont été interdits par la Commission depuis 1990.

²⁶⁶ Décision de la Commission du 26 janvier 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, JOUE C 195 du 3 juillet 2012, paras. 1091, 1092, 1524, 1525, 1555, 1556, 1581, 1608, 1609, 1645, 1677, 1687, 1690.

²⁶⁷ Depuis 2004, la Commission a examiné 12 concentrations dans ce secteur du transport aérien et ce projet de concentration est le deuxième qui a été interdit. Le premier projet interdit était en 2007 concernant le rachat d'Aer Lingus par Ryanair, Décision de la Commission du 27 juin 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, JOUE C 47 du 20 février 2008. Un même projet d'achat d'Aer Lingus par Ryanair qui a été notifié une deuxième fois à la Commission en 2012 a été également interdit par celle-ci en 2013, Décision de la Commission du 27 fév. 2013, COMP/M.6663, *Ryanair/Aer Lingus III*, JOUE C 216 du 30 juillet 2013.

²⁶⁸ Décision de la Commission du 21 avril 2009, COMP/M.5152, *Posten AB/Post Danmark AS*, JOUE C 148 du 30 juin 2009. Avant l'opération, Posten se trouve en position dominante en Suède sur le marché des services postaux avec une part de marché de 90-100% et sur le marché des services de préparation du courrier avec une part de marché de 70-80% alors que Post Danmark dispose d'une position dominante sur le marché danois des services de colis B2C avec une part de marché de 70-80%.

²⁶⁹ Pour les opérations de concentration autorisées malgré les parts de marché cumulées supérieures à 50%, voir Décision de la Commission du 30 mai 2005, COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, JOUE L 61 du 2 mars 2006 (la nouvelle entreprise sera le numéro un du marché libre allemand de l'impression héliographique avec une part de marché de presque 50%. Leurs parts de marché cumulées sont de 60-65% sur le marché autrichien de l'impression héliographique de magazines. L'opération a été approuvée sans engagement au motif que la nouvelle entité ne sera pas en mesure d'augmenter ses prix du fait que ses concurrents pourraient facilement accroître la capacité qu'ils consacrent à l'impression de magazines et exercer ainsi des pressions concurrentielles efficaces) ; Décision de la Commission du 25 août 2005, COMP/M.3687, *Johnson Johnson/Guidant*, JOUE L 173 du 27 juin 2006 (l'opération a été autorisée, malgré une part de marché parfois supérieure à 70%, à condition que les parties cèdent les actifs relatifs, dans l'EEE, aux guides manœuvrables de J&J, ainsi que l'ensemble des activités de Guidant dans l'endovasculaire et pour la chirurgie cardiaque); Décision de la Commission du 4 juillet 2006, COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, JOUE L 72 du 13 mars 2007 (les parties pourraient disposer une part de marché de 70% sur le marché de l'EEE de fourniture de nickel à l'industrie du placage et de la galvanoplastie, de 90% sur le marché mondial de fourniture de nickel de

expliquer ce manque d'homogénéité, revenons un peu aux années 2000 avant que le règlement 139/2004 ne soit adopté. La Commission européenne a lancé en 2001 une consultation publique²⁷⁰ sur le mérite de l'utilisation du test d'*atteinte significatif à la concurrence effective*. Au cours de cette consultation, cent-vingt contributions ont été reçues. En décembre 2002, la Commission avait adopté le projet de la révision du règlement 4064/89 qui a été ensuite soumis le 28 janvier 2003 au Conseil européen²⁷¹. Le projet a été accompagné d'un projet de communication²⁷² précisant l'approche analytique que la Commission propose de suivre. Certains auteurs critiquent que le maintien de l'utilisation des seuils fondés sur les parts de marché proposé dans le projet de communication pour examiner l'incompatibilité d'une opération va à l'encontre de la prise en compte renforcée de l'analyse économique dans l'évaluation des opérations de concentration. Ce sont même des économistes de la Direction générale de la concurrence de la Commission qui répliquent que l'analyse économique est certes nécessaire, mais qu'elle mérite d'être utilisée en combinaison avec un indicateur mesurable simple de façon que la Commission puisse identifier les cas susceptibles d'être

haute pureté pour la production de superalliages utilisés dans les pièces critiques en termes de sécurité et de 95% sur le marché mondial de fourniture de cobalt de haute pureté pour la production de superalliages utilisés dans les pièces critiques en termes de sécurité. L'opération a été autorisée après que la Commission avait examiné les engagements proposés par les parties); Décision de la Commission du 17 décembre 2008, COMP/M.5046, *Friesland Foods/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009 (les parties concernées détenaient sur chacun des marchés des produits laitiers biologiques frais de base et de l'approvisionnement en lait cru classique aux Pays-Bas une part de marché cumulée de 70-80%. Cependant, l'opération a été approuvée après que les parties avaient proposé de céder la branche « produits laitiers frais » de Friesland Foods, une partie de la branche « fromage » de Campina ainsi que deux marques Campina de boissons lactées de longue conservation, et de prendre des mesures correctives visant à garantir l'accès au lait cru aux Pays-Bas); Décision de la Commission du 28 août 2009, COMP/M.5440, *Lufthansa/Austrian Airlines*, JOUE C 16 du 22 janvier 2010 (les parts de marché cumulées sont supérieures à 50% sur certains liaisons, l'opération a été cependant autorisée avec des engagements des parties); Décision de la Commission du 4 février 2009, COMP/M.5253, *Sanofi-Aventis/Zentiva*, JOUE C 66 du 22 mars 2009 (les parts de marché cumulées sont de 50-60% sur les marchés roumain et slovaque des produits ATC3, de 60-70% sur le marché slovaque des produits N2B et de 70-80% sur le marché roumain des produits N5B. L'opération a été autorisée avec des engagements des parties concernées); Décision de la Commission du 22 janvier 2010, COMP/M.5579, *TLP/Ermewa*, JOUE C 60 du 11 mars 2010 (les parts de marché cumulées des deux entreprises sur le marché français de commissionnement de transport ferroviaire de céréales sont de 90-100%. L'opération a été approuvée après l'examen des engagements proposés par les parties); Décision de la Commission du 8 mars 2013, COMP/M.6801, *Rosneft/TNK-BP*, JOUE C 107 du 13 avril 2013 (les parties détiennent sur le marché allemand de fourniture de pétrole brut via les pipelines de Druzhba une part de marché de 60-70%. La transaction a été autorisée pour le motif que la nouvelle entité devra faire face à un certain nombre de concurrents forts et que ses clients auraient la possibilité de se tourner vers d'autres sources pour satisfaire leurs besoins de pétrole brut.

²⁷⁰ Livre Vert sur la révision du Règlement (CEE) 4064/89, COM (2001) 745/6 du 11 décembre 2001.

²⁷¹ Projet de Règlement du Conseil relative au contrôle des concentrations entre entreprises, COM (2002), 711 final, JO C 20 du 28 janvier 2003, p. 4-57.

²⁷² Projet de communication de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C 331 du 31 décembre 2002.

problématiques²⁷³. Cela affirme encore une fois que le rôle de la part de marché est de filtrer des opérations²⁷⁴ et d’orienter l’enquête. La part de marché ne constitue pas nécessairement un indice décisif du pouvoir de marché d’une entreprise mais elle justifie que ce pouvoir de marché nécessite d’être analysé plus profondément. Si une transaction, malgré une part de marché élevée détenue par les entreprises en cause, est autorisée, c’est parce que la Commission a pris en considération des engagements et des remèdes proposés par les parties concernées ou que d’autres facteurs permettant de confirmer que la concurrence n’est pas affectée significativement. La plupart des opérations de concentration autorisées dont les parties détiennent une part de marché supérieure à 50% sont celles qui ont été examinées dans la Phase II et approuvées sous conditions.

81. Comme dans le cadre de l’article 102 TFUE, la part de marché doit être examinée dans sa globalité. L’importance des parts de marché détenues par les entreprises en cause doit être évaluée en corrélation avec celles de leurs concurrents et dans son évolution. La Commission peut recourir aux données historiques si les parts de marché ont été très instables. L’évolution des parts de marché dans le passé peut souvent donner des informations utiles sur le jeu de la concurrence et sur l’importance probable des différents concurrents, par exemple en indiquant si les entreprises ont gagné ou perdu des parts de marché²⁷⁵. Dans la concentration connue *Tetra Laval/Sidel*²⁷⁶, le Tribunal a jugé que la pression concurrentielle exercée par les trois concurrents principaux de Sidel, à savoir SIG, SIPA et Krones, était sous-estimée par la Commission. Il a indiqué que ces trois concurrents ont pu augmenter leur position sur le marché des machines SBM à forte capacité utilisées pour les produits sensibles de [10 à 20%] à [35 à 45%] en trois ans de 1997 à 2000 et que chacun obtenant des parts de marché nouvelles comparables, ce qui est loin d’être dépourvu de signification²⁷⁷. En revanche, dans l’affaire *British Airways* en 2003, le Tribunal a donné raison à la Commission en jugeant qu’une réduction des parts de marché ne peut pas constituer en elle-même la preuve de l’absence de position dominante si la position qu’occupe l’entreprise en cause demeure largement importante et que les parts de marché des

²⁷³ V. VEROUDEN, C. BENGTSOON & S. ALBAEK, « The Draft EU Notice on Horizontal Mergers: a Further Step Toward Convergence », *Antitrust Bulletin*, spring-summer 2004, p. 243-285, spéc. p. 275.

²⁷⁴ Ce rôle de filtrage est encore plus visible dans la détermination des seuils de sécurité.

²⁷⁵ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, point 15.

²⁷⁶ Décision de la Commission du 30 oct. 2001, COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, JOUE L 4 du 13 février 2004, annulée par l’arrêt du TPICE du 25 oct. 2002.

²⁷⁷ Arrêt du TPICE du 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c./Commission*, T-5/02, *Rec.* p. II-4381, para. 294

concurrents de British Airways auraient pu augmenter de façon plus significative en absence des pratiques abusives exercées par celui-ci²⁷⁸. Ce jugement a été confirmé par la Cour de Justice²⁷⁹. Il ressort de ces affaires que bien que la Commission prenne en considération le facteur de l'évolution des parts de marché des entreprises dans son évaluation d'une position dominante, elle n'a pas exigé la preuve solide de la réduction des parts de marché d'une entreprise dans une opération de concentration. Il semble que la Commission l'a reconnu de façon indirecte lorsque l'ancien commissaire européen responsable de la politique de concurrence Mario MONTI a dit dans son discours à la conférence sur la réforme de la politique de concurrence de l'UE en 2002 que : « [...] it is clear that the CFI is now holding us to a very high standard of proof, and this has clear implications for the way in which we conduct our investigations and draft our decisions »²⁸⁰.

82. En étant analysée dans sa globalité, la part de marché peut dire plus de choses que l'on en croit. Son rôle le plus direct est de donner la première vue de la structure de l'offre du marché et de la position des entreprises sur le marché. Dans un autre rôle, elle est indispensable pour la mesure du degré de concentration.

b. La part de marché : mesure du degré de concentration

83. L'indice *Herfindahl-Hirschman* (IHH ou l'indice H) a été développé indépendamment dans les années 40-50 par les économistes Orris C. HERFINDAHL et Albert O. HIRSCHMAN²⁸¹ dont l'utilisation est de mesurer le degré de concentration du marché. Il est calculé à partir de la somme du carré de la part de marché de toutes les entreprises présentes sur le marché et donc compris entre 0 (le cas d'un marché atomistique) et 10 000 (le cas d'un monopole). L'IHH a remplacé le ratio de concentration dont notamment l'indice CR4²⁸² (*Four-*

²⁷⁸ Arrêt du TPICE du 17 déc. 2003, *British Airways c./Commission*, T-219/99, *Rec.* p. II-5925, paras. 224 et 298. V. également arrêt du TPICE du 30 septembre 2003, *Michelin c./Commission (Michelin II)*, T-203/01, *Rec.* p. II-4082, para. 259.

²⁷⁹ Arrêt de la CJCE du 15 mars 2007, *British Airways c./Commission*, C-95/04P, *Rec.* p. I-2373.

²⁸⁰ M. MONTI, « Merger Control in the European Union: A Radical Reform », *op. cit.*, p. 2.

²⁸¹ A. O. HIRSCHMAN, « National Power and the Structure of Foreign Trade », *Political Science Quarterly*, vol. 61, n° 2, June 1946, p. 272-274; O. C. HERFINDAHL, Concentration in the U.S. Steel Industry, Thèse de doctorat non publiée, *University of Columbia*, 1950; A. O. HIRSCHMAN, « The Paternity of an Index », *American Economic Review*, vol. 54, n° 5, 1964, p. 761-762.

²⁸² E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2005, p. 345 : Le CR4 est utilisé comme une mesure du poids des quatre leaders sur un marché, calculé en additionnant les parts de marché de ces quatre plus grandes entreprises sur le marché pertinent. Cet indice présente l'avantage de la simplicité et rapidité de

Firm Concentration Ratio) qui était utilisé au cours de la période 1968-1982 aux États-Unis. Il a été introduit pour la première fois dans les *Horizontal Merger Guidelines* de 1982²⁸³. Son utilisation a été vraiment consacrée par la révision des *Horizontal Merger Guidelines* de 1992²⁸⁴ qui définissent des valeurs-seuil au-delà desquelles une opération de concentration est considérée comme problématique ou en-deçà desquelles elle est considérée comme ne pas être en mesure d'affecter la concurrence.

84. Dans le cadre de la modernisation du droit de la concurrence de l'UE, la Commission européenne a suivi la même méthode que celle des États-Unis en introduisant cet indice comme instrument d'évaluation de la concentration du marché dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations²⁸⁵. En effet, la Commission indique que le degré de concentration global d'un marché peut constituer une donnée précieuse sur les conditions de concurrence et que pour le mesurer, elle utilise souvent l'IHH²⁸⁶.

i. L'importance de l'analyse du degré de concentration

85. L'analyse du degré de concentration du marché a des significations importantes qui facilitent l'évaluation des conditions de concurrence avant et après la réalisation d'une opération de concentration.

86. En premier lieu, mesurer le degré de concentration permet de prévenir la possibilité ou la tendance d'un comportement coordonné. En effet, la question de savoir si le marché conduit à

calcul puisqu'il nécessite peu d'information. Cependant, il ne fournit pas d'indication sur les entreprises restant sur le marché. En outre, cet indice ne tient pas compte de l'hétérogénéité des parts de marché parmi les entreprises leaders pour une valeur donnée du ratio.

²⁸³ Mais la première apparition de l'IHH dans l'examen juridique était en 1967, voir M. O. FINKELSTEIN & R. M. FRIEDBERG, « The Application of an Entropy Theory of Concentration to the Clayton Act », *Yale Law Journal*, vol. 76, n° 4, 1967, p. 677-717 ; G. STIGLER, Comment, *Yale Law Journal*, vol. 76, n° 4, 1967, p. 718-720. Il y avait beaucoup de travaux qui ont fait référence de l'IHH avant qu'il soit introduit dans les *Merger Guidelines* de 1982, voir R. A. POSNER, « Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach », *Stanford Law Review*, vol. 21, 1968, p. 1562-1606; P. AREEDA & D. F. TURNER, *Antitrust Law*, vol. 4, ¶900 - ¶1022, 1980, ¶913, p. 76

²⁸⁴ DOJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, 2 April 1992, section 1.5, disponible sur le site: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf> (consulté le 5 décembre 2014).

²⁸⁵ Avant 2004, il n'existait pas d'une méthode particulière pour mesurer le degré de concentration et la Commission l'évaluait au cas par cas en ayant recours à trois paramètres : 1) le nombre de concurrents sur le marché ; 2) la part de marché détenue par chaque entreprise et 3) la différence des parts de marché des entreprises, voir E. NAVARRO, A. FONT, J. FOLGUERA & J. BRIONES, *Merger Control in the EU*, OUP, 2^e éd., 2005, p. 163-164. Cependant, il est à noter que l'IHH a été utilisé pour la première fois en 1998 en matière de position dominante collective dans l'affaire *Enso/Stora*, voir Décision de la Commission du 25 nov. 1998, COMP/M.1225, JO L 254 du 29 septembre 1999, para. 67.

²⁸⁶ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, point 16.

une coordination entre entreprises actives sur le marché revient à celle de savoir si les entreprises participantes peuvent résoudre leurs problèmes de cartel : parvenir à un consensus en termes de coordination, dissuader les membres de tricher et prévenir une concurrence potentielle²⁸⁷. Il n'est pas difficile pour les entreprises sur un marché de parvenir à un consensus si le marché ne comprend que quelques entreprises²⁸⁸. Plus le nombre d'entreprises actives sur le marché est petit, plus la coordination entre entreprises est facile²⁸⁹, autrement dit, plus le degré de concentration du marché est élevé, plus le comportement coordonné est probable. En pratique, près de 50% des décisions de la Commission concernant les opérations de concentration qui produisent des effets coordonnés concernent des fusions sur les marchés composés de trois entreprises²⁹⁰ (deux entreprises post-fusion) dont quelques 74% des opérations ont été autorisées sans conditions²⁹¹ ; quelques 33% des décisions concernent des fusions sur les marchés comprenant quatre entreprises²⁹² (trois entreprises post-fusion). Cependant selon BAKER²⁹³, la réduction du nombre d'entreprises après la fusion n'est pas une explication tout à fait satisfaisante de l'augmentation de la probabilité du comportement coordonné en raison de sa

²⁸⁷ J. B. BAKER, « Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers », in K. N. HYLTON (dir.), *Antitrust Law & Economics*, vol. 4, 2010, Chapter 10, p. 234-260, spéc. p. 239.

²⁸⁸ L'économiste George STIGLER a décelé un autre lien entre l'IHH et la stabilité d'un comportement coordonné une fois que ce comportement est adopté. Il a montré que si le marché est très concentré, il est facile de déceler l'entreprise qui tricherait, ce qui décourage toute déviation par rapport au comportement coordonné. Ainsi, le degré de concentration est vu comme la mesure de la stabilité d'un cartel, voir G. J. STIGLER, « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol. 72, issue 1, 1964, p. 44-61.

²⁸⁹ Selon une étude menée par Reinhard SELTEN, dans le cas d'une concurrence de Cournot, un cartel sera formé si le nombre d'entreprises sur le marché pertinent est égal ou inférieur à quatre entreprises (la probabilité est de 100%), un cartel de quatre entreprises si le nombre d'entreprises sur le marché est de cinq à six et que leurs parts de marché sont symétriques (la probabilité est de 22%), un cartel de cinq entreprises si le nombre d'entreprises sur le marché est de sept à huit et que leurs parts de marché sont symétriques et, un cartel de six entreprises si le nombre d'entreprises sur le marché est de neuf à dix et que leurs parts de marché sont symétriques (la probabilité est de 1%), voir R. SELTEN, « A Simple Model of Imperfect Competition, where Four Are Few and Six Are Many », *International Journal of Game Theory*, vol. 2, issue 1, 1973, p. 141-201, spéc. p. 197-201.

²⁹⁰ Décisions de la Commission du 12 déc. 2006, COMP/M.4187, *Metso/Aker Kvaerner*, JOUE C 6 du 11 jan. 2008 ; du 23 septembre 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, JOUE C 145 du 25 juin 2009 ; du 27 nov. 2012, COMP/M.6682, *Kinnevik/Billerud/Dorsnäs*, JOUE C 277 du 26 septembre 2013.

²⁹¹ Décisions de la Commission du 13 septembre 2004, COMP/M.3516, *Repsol YPF/Shell Portugal*, JOUE C 272 du 6 nov. 2004 ; du 15 mars 2004, COMP/M.3314, *Air Liquide/Messer Targets*, JOUE C 91 du 15 avril 2004 ; du 29 juillet 2003, COMP/M.3197, *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*, JOUE C 207 du 3 sept. 2003 ; du 31 jan. 2003, COMP/M.3060, *UCB/Solutia*, JOUE C 78 du 1 avril 2003 ; du 23 juillet 2003, COMP/M.2972, *DSM/Roche Vitamins*, JOUE L 82 du 19 mars 2004 ; du 30 avril 2003, COMP/M.2861, *Siemens/Drägerwerk/JV*, JOUE L 291 du 8 nov. 2003.

²⁹² Décisions de la Commission du 6 juin 2006, COMP/M.4141, *Linde/BOC*, JOUE C 181 du 3 août 2006 ; du 23 juin 2009, COMP/M.5467, *RWE/ESSENT*, JOUE C 222 du 15 septembre 2009 ; du 14 septembre 2010, COMP/M.5867, *Thomas Cook/Öger Tours*, JOUE C 275 du 12 oct. 2010 ; du 4 mai 2011, COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV* ; du 21 fév. 2011, COMP/M.5950, *Munksjo/Arjowiggins*, JOUE C 96 du 29 mars 2011.

²⁹³ J. B. BAKER, « Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers », *op. cit.*, p. 240.

prédiction statistique plus tôt d'un mécanisme démontrant pourquoi la fusion est problématique. Selon nous, il faut garder l'idée que le degré de concentration est un parmi plusieurs éléments qui sont pris en considération par les autorités de la concurrence dans l'examen préliminaire d'une opération de concentration. En outre, une collusion, qui est plus facile à se former sur un marché dont le nombre d'entreprises est plus faible que sur un marché dont le nombre d'entreprises est plus important, peut aboutir à la présomption qui est que la concurrence, à l'issue d'une fusion ayant lieu sur un marché déjà très concentré, est plus restrictive que celle à l'issue d'une opération sur un marché atomisé²⁹⁴. Cela explique la nécessité de fixer un niveau de concentration en-dessous duquel la concentration est considérée comme pro-concurrentielle ou en-dessus duquel elle est anticoncurrentielle.

87. En deuxième lieu, dans une certaine situation, un degré élevé de concentration du marché reflète en général la possibilité que la fusion produise des effets unilatéraux à l'issue de l'opération. C'est notamment le cas lorsque les consommateurs considèrent le produit d'une entreprise partie à la fusion comme la meilleure alternative au produit de l'autre partie à la fusion lorsque cette dernière augmente ses prix. Dans ce cas, les parts de marché renseignent, quant à l'effet unilatéral, sur la possibilité que les choix seconds du consommateur soient distribués de façon similaire que ses choix premiers²⁹⁵. Plus ces parts de marché sont importantes, conduisant à un degré élevé de concentration, plus les entreprises fusionnantes sont en mesure d'augmenter profitablement les prix de leurs produits. Le fait que le consommateur considère des produits des parties fusionnantes comme leurs premier et second choix dépend de la substituabilité des deux produits, laquelle n'est évaluée qu'une fois que le marché sur lequel ils sont vendus est délimité.

88. Depuis 2004, la Commission ainsi que les juridictions européennes utilisent l'indice *Herfindahl-Hirschman* pour mesurer le degré de concentration du marché. Il semble qu'il s'agisse de l'intention de la Commission, dans le cadre de moderniser le droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne, d'accorder d'une part plus de poids à l'économie dans ses analyses concurrentielles et d'autre part de s'aligner sur les États-Unis et certains pays où est utilisé cet indice.

²⁹⁴ Décision de la Commission du 15 déc. 2003, COMP/M.3322, *Polestar/Prisa/Inversiones Suizas/JV*, JOUE C 31 du 5 fév. 2004, para. 40.

²⁹⁵ V. J. B. BAKER, « Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers », *op. cit.*, p. 247.

ii. L'importance de l'indice IHH comme instrument de mesure de concentration

α) Le rôle de l'indice IHH

89. L'indice H est utilisé depuis plus de trois décennies aux États-Unis et depuis onze ans dans l'Union européenne. Il n'est pas un indice parfait pour mesurer le niveau de concentration du marché²⁹⁶ mais un bon indice jusqu'à présent qui a été consacré comme l'unique mécanisme des deux côtés de l'atlantique afin d'apprécier la concentration du marché.

90. D'un point de vue juridique, l'utilisation de l'indice IHH présente certains avantages : premièrement, il prend en compte tant le nombre d'entreprises sur le marché que la distribution des parts de marché entre elles. Il s'agit d'un avantage important car l'IHH fournit une photographie plus complète de la structure du marché en reflétant d'une part la part de marché de toutes les entreprises actives sur le marché en cause et non pas seulement celle des plus grandes entreprises comme le CR4, et d'autre part la disparité de la taille de ces entreprises. En effet, quoi que soit le nombre d'entreprises sur le marché, l'IHH sera le plus élevé lorsqu'une entreprise a une part de marché extrêmement importante²⁹⁷ et le plus bas lorsque les parts de marché des entreprises sont égalitaires. L'IHH d'un marché comprenant cinq entreprises avec des parts de marché égalitaires, soit 20% chacune, est de 2000²⁹⁸ alors qu'il est supérieur à 9025 si une des cinq entreprises dispose d'une part de marché de 95%²⁹⁹. Deuxièmement, la distribution des parts de marché par l'IHH donne plus d'informations utiles pour l'évaluation du pouvoir de marché. Sur un marché où les entreprises sont symétriques, il peut indiquer que leurs technologies et leurs fonctions de coûts sont similaires, particulièrement si le nombre d'entreprises symétriques est limité à quelques-unes, il est très probable qu'un comportement coordonné survienne³⁰⁰. En revanche, si un marché composé de quelques entreprises dont une détient une très grande part de marché, il est bien possible qu'il existe un pouvoir de marché.

²⁹⁶ P. AREEDA & D. F. TURNER, *Antitrust Law*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, vol. IV, ¶900 - ¶1022, 1980, ¶913, p. 78: IHH and also concentration ratio test « *make illegality turn on minute differences that simply do not justify different results and that are likely to be well within the range of probable error in computing individual firm market shares* ».

²⁹⁷ Cela exige une évaluation correcte des parts de marché des entreprises, ce qui signifie que le marché sur lequel se concurrent les entreprises doit être correctement délimité.

²⁹⁸ $20^2 + 20^2 + 20^2 + 20^2 + 20^2 = 2000$.

²⁹⁹ Pour les exemples qui montrent la différence des résultats donnés par l'IHH et le CR4, v. E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *op. cit.*, p. 346-347.

³⁰⁰ Cela est particulièrement intuitif dans un marché de produits homogènes sur lequel les entreprises sont en concurrence sur les volumes.

91. D'un point de vue pratique, l'IHH est facile à calculer et à comprendre. En effet, le calcul de l'indice n'exige pas beaucoup d'informations, il nécessite de ne disposer que des parts de marché de toutes les entreprises sur le marché. Dans le cas où les parts de marchés de toutes les entreprises ne seraient pas connues mais seulement celles de quelques grandes entreprises, il est toujours possible que l'IHH soit calculé³⁰¹. Ainsi, dès lors que le marché en cause est délimité, les entreprises concurrentes sont identifiées et les parts de marché distribuées, le calcul de l'IHH est facile à s'effectuer.

92. D'un point de vue économique, la théorie de l'économie indique que lorsque les entreprises se concurrencent dans un modèle de Cournot sur un marché de produits homogènes, le niveau de prix est lié à la valeur de l'IHH sur le marché. Plus l'IHH est élevé, plus la concurrence est réduite et plus les entreprises sont en mesure de pratiquer un prix plus élevé³⁰². Cela signifie que plus l'IHH est élevé, plus il est probable que l'entreprise détienne un pouvoir de marché substantiel. Se pose la question de savoir à partir de quel seuil le risque d'effets anticoncurrentiels est jugé probable.

β) Mise en œuvre de l'indice H

93. Comme l'indice des parts de marché, la Commission européenne définit des valeur-seuils de l'indice IHH afin d'évaluer les risques éventuels générés par une opération de concentration sur le marché. L'évaluation se fonde à la fois sur le niveau de l'indice et sa variation (ou le delta) suite à la réalisation de l'opération. Dans les Lignes directrices sur les concentrations horizontales de 2004, la Commission détermine trois niveaux de l'indice et deux variations³⁰³ selon lesquels le marché n'est pas concentré si l'IHH est inférieur à 1000. L'opération en cause ne soulève pas alors de problème de concurrence horizontaux et il n'est pas nécessaire que la Commission mène une analyse approfondie. Il est à noter que la Commission n'a pas établi une

³⁰¹ V. S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet & Maxwell, 3^e éd., 2010, n° 3-017, p. 68. En outre, dans les Lignes directrices sur les concentrations horizontales de 2004, la Commission indique dans le point 16 que « [...] l'absence d'informations sur les très petites entreprises n'est pas nécessairement importante, étant donnée que ces entreprises n'ont qu'une faible incidence sur l'IHH ».

³⁰² J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis », *Am. Eco. Rev.*, vol. 88, n° 1, mars 1990, p. 107- 126; G. WERDEN, « Horizontal Merger: Comment », *Am. Eco. Rev.*, vol. 81, n° 4, 1991, p. 1002-1006.

³⁰³ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pts. 19, 20 et 21.

zone de sécurité comme dans le cas de l'indice de parts de marché. Cependant, le niveau de l'IHH inférieur à 1000 est employé pour déterminer une fourchette au sein de laquelle aucune analyse supplémentaire de l'opération ne sera effectuée et donc peut être considéré comme la zone de sécurité³⁰⁴. Le marché est réputé modérément concentrer dans deux cas : lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1000 et 2000 et que la variation est inférieure à 250 ou lorsque l'IHH est supérieur à 2000 et que la variation est inférieure à 150. La Commission estime qu'il est également peu probable qu'elle conclue dans ces cas à l'existence de problèmes de concurrence sauf dans des cas exceptionnels³⁰⁵. Le troisième seuil au-delà duquel le marché est hautement concentré est celui de l'IHH supérieur à 2000 et la variation dépassant 150. Des effets anticoncurrentiels sont susceptibles de se produire et par conséquent, une étude plus poussée doit être menée.

94. Dans le cas d'une concentration non-horizontale, l'opération est considérée comme sans danger pour la concurrence lorsque l'IHH est inférieur à 2000³⁰⁶.

95. Concernant le niveau de l'IHH, certains auteurs ont estimé, dès la publication du Livre Vert sur la révision du Règlement CEE 4064/89 en 2001³⁰⁷, que le niveau retenu par la Commission, bien qu'il soit plus élevé que celui retenu par les autorités américaines de la concurrence³⁰⁸, n'était pas suffisamment important pour fournir aux entreprises ayant l'intention de fusionner des informations claires sur les risques potentiels que leur fusion pourrait produire sur le marché. Ils ont même suggéré qu'une distinction, entre les seuils de l'IHH pour les

³⁰⁴ Il ressort de la lecture des décisions de la Commission qu'aucune concentration dont l'IHH post-concentration était inférieur à 1000 n'a été interdite par celle-ci.

³⁰⁵ Les Lignes directrices sur les concentrations horizontales de 2004 citent au point 20 six cas exceptionnels : a) l'une des parties à l'opération est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible ; b) une ou plusieurs parties à l'opération sont des entreprises innovantes, ce que ne révèlent pas les parts de marché ; c) il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché ; d) l'une des parties à la concentration est un franc-tireur qui, très probablement, ferait échouer la coordination des comportements ; e) il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle, ou de pratiques facilitant la coordination ; f) l'une des parties à l'opération détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50%.

³⁰⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265/07 du 18 oct. 2008, pt. 25.

³⁰⁷ Livre Vert sur la révision du Règlement (CEE) 4064/89, COM (2001) 745/6 du 11 décembre 2001.

³⁰⁸ Selon les *US Horizontal Merger Guidelines* de 1992, *op. cit.*, §1.52, un marché n'est pas concentré si l'IHH post-fusion est inférieur à 1000, il est modérément concentré si l'IHH est entre 1000 et 1800 et la variation est inférieure à 100, et très concentré si l'IHH est supérieur à 1800 et la variation est soit inférieure à 50 (une étude approfondie n'est pas nécessaire), soit supérieure à 100 (une analyse poussée doit être menée). Toutefois, il est à noter que ces niveaux ont été modifiés dans la révision de 2010 selon laquelle le marché n'est pas concentré si l'IHH est inférieur à 1500, modérément concentré si l'IHH est entre 1500 et 2500 et très concentré si l'IHH est supérieur à 2500, v. *Horizontal Merger Guidelines* de 2010, §5.3.

marchés de produits homogènes et ceux pour les marchés de produits différenciés, était souhaitable³⁰⁹. Cependant, les mêmes niveaux de l'indice présentés dans le Livre Vert ont été adoptés par la Commission dans ses Lignes directrices sur les concentrations horizontales. Afin de rassurer les entreprises ainsi que les auteurs critiques, la Commission a aussi clairement indiqué que les seuils de l'IHH et sa variation servent de premier indicateur d'absence de problèmes de concurrence tout en ne donnant pas lieu à une présomption d'existence ou d'absence de tels problèmes. Cela correspond tout à fait au rôle accordé à l'indice de part de marché en général et à l'indice IHH en particulier. Ceux-ci sont le premier filtrage du pouvoir de marché d'une entreprise pouvant justifier l'ouverture d'une investigation approfondie.

96. Le lien entre la part de marché et l'indice *Herfindahl-Hirschman* est clair. Il s'agit d'un lien dépendant et complémentaire. Dépendant parce que l'IHH ne peut être calculé que si les parts de marché des entreprises actives sur le marché en cause sont connues. Complémentaire parce que les informations de la structure du marché fournies par l'IHH permettent de renforcer l'évaluation préliminaire du pouvoir de marché déduit de la part de marché des entreprises. La part de marché et l'IHH vont dans le même sens. Plus la part de marché détenue par les entreprises fusionnantes est importante, plus le niveau de l'IHH est élevé. Prenons l'exemple d'un marché de huit entreprises produisant des produits homogènes et qui sont en concurrence par la capacité. Supposons que deux parmi huit entreprises fusionnent, nous voyons dans le tableau ci-dessous que le niveau de l'IHH est proportionnel à l'importance des parts de marché cumulées des deux entreprises fusionnantes.

	Parts de marché des huit entreprises actives sur le marché	Parts de marché cumulées des deux entreprises fusionnantes	IHH (avant et après la fusion)	Le delta
Marché 1	25%, 20% et 9,16% pour les 6 suivantes	45%	1528,43 2528,43	1000
Marché 2	25%, 30% et 7,5% pour les 6 suivantes	55%	1862,50 3362,50	1500
Marché 3	35%, 55% et 1,6% pour les 6 suivantes	90%	4266,53 8116,53	3850

³⁰⁹ S. BISHOP & D. RIDYARD, « Prometheus Unbound: Increasing the Scope for Intervention in EC Merger Control », *European Competition Law Review*, vol. 24, 2003, p. 357-363, spéc. p. 362.

97. Comme nous avons vu précédemment, une part de marché de 50% et plus peut, elle-même, constituer la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché. Dans notre exemple, une part de marché de 55% détenue par les entreprises fusionnantes, sans tenir compte de celles détenues par les six entreprises restantes, conduit, à elle seule, à un IHH de 3025 qui est déjà bien supérieur au seuil fixé par la Commission pour classer le marché dans la catégorie de marché très concentré. Une part de marché de 90% donne à un IHH de 8100, un seuil extrêmement élevé, très proche du seuil d'un monopole.

98. En tenant compte de l'évolution du droit de la concurrence en matière de contrôle des concentrations et en se fondant sur l'expérience de l'UE, la nouvelle loi vietnamienne de la concurrence s'aligne sur le droit européen.

2. La part de marché : critère de base en droit vietnamien

99. Il importe tout d'abord de préciser qu'avant la révision de la loi en 2018, la part de marché était le critère unique pour le jugement des dangers concurrentiels que présente une concentration en droit vietnamien. En effet, celui-ci avait recours à la part de marché afin de vérifier si une opération de concentration ne se situe pas dans la zone blanche qui la mettrait à l'abri de l'intervention publique. Ainsi, « *est prohibée toute opération de concentration économique si les parts de marché cumulées³¹⁰ des entreprises concernées à l'opération sont supérieure à 50% du marché en cause³¹¹ » ». Une telle opération intègre la zone noire et doit être interdite.*

100. L'opération dont la part de marché cumulée se situe entre 30% et 50% du marché en cause n'est pas interdite (zone grise) mais doit être notifiée préalablement par le représentant légal des entreprises parties à l'autorité de la concurrence alors que la concentration entre entreprises dont les parts de marché cumulées sont inférieures à 30% n'est pas soumise au contrôle (zone blanche)³¹².

³¹⁰ Loi de la concurrence de 2004, *op. cit.*, article 3, al. 6 : « *L'expression de parts de marché cumulées s'entend du total des parts de marché détenues sur le marché en cause par les entreprises participant à une entente ou à une opération de concentration économique* » (nous traduisons).

³¹¹ *Id.*, article 18.

³¹² *Id.*, article 20.

101. Ainsi, l'approche adoptée dans la loi de la concurrence de 2004 montre que la part de marché est considérée comme la base unique pour la classification des opérations de concentration, l'application du principe de traitement du contrôle des concentrations ainsi que l'évaluation du risque restrictive de l'opération. Une concentration dont les parts de marché cumulées des entreprises concernées sont supérieures à 50% sur le marché pertinent est qualifiée de restrictive de concurrence et doit être interdite. Le raisonnement des législateurs consistait au fait que la nouvelle entité issue de l'opération détiendra la majorité des parts de marché sur le marché pertinent mais cela ne provient pas de leur performance économique. Par conséquent, la réalisation de l'opération modifierait radicalement et brusquement la cohérence et la structure du marché, ce qui pourrait réduire, perturber et fausser considérablement la concurrence sur le marché. En revanche, lorsque les parts cumulées sont inférieures à 30% du marché en cause, il est peu probable que l'opération crée une position dominante. En conséquence, les fusions par absorption, création d'entreprise nouvelle, rachat d'entreprise ou joint-venture ne s'avèrent qu'une méthode de la restructuration de l'entreprise ou de l'investissement de capital, et ne comportent pas de risques de restriction de la concurrence sur le marché.

102. Cette approche a changé lors de la révision de la loi en 2018. En effet, la nouvelle loi prévoit dans son article 30 qu'« *est prohibée toute opération de concentration économique qui restreint ou est susceptible de restreindre de manière significative la concurrence sur le marché vietnamien*³¹³ ». Bien que la nouvelle loi accorde un rôle moins important à la part de marché, celle-ci demeure un critère de base dans l'appréciation de la concentration. Tout d'abord, si le droit européen ne fait plus référence à la part de marché pour évaluer le caractère notifiable d'une opération de concentration, le droit vietnamien la retient comme un des critères sur la base duquel la notifiabilité est appréciée³¹⁴. Le projet de décret prévoit qu'une concentration est notifiable dès lors que la part de marché cumulée des parties à l'opération sur le marché pertinent est égale ou supérieure à 30%³¹⁵. Deuxièmement, la loi dispose que l'appréciation de l'atteinte significative à la concurrence est fondée, *inter alia*, sur la part de marché cumulée des parties³¹⁶. Le projet de décret la retient comme critère standard pour l'autorisation d'une opération de

³¹³ Loi de la concurrence de 2018, *op. cit.*, (nous traduisons).

³¹⁴ *Id.*, article 33, 2. d).

³¹⁵ Projet de décret, préc., article 29, 1. d).

³¹⁶ Loi de la concurrence de 2018, *op. cit.*, article 31, 1.a).

concentration³¹⁷. Une concentration est autorisée si la part cumulée des parties à l'opération sur le marché pertinent est inférieure à 20%.

103. L'examen de la nouvelle loi de la concurrence révèle donc que si l'approche conceptuelle a changé en matière de contrôle des concentrations, l'approche analytique semble demeurer la même. Une opération de concentration est largement appréciée sur la base de la part de marché. Celui-ci reste le critère standard de l'appréciation en la matière.

104. Conclusion du B. Le droit vietnamien de la concurrence accorde au facteur part de marché une très grande importance dans l'appréciation du pouvoir de marché des entreprises parties à l'opération de concentration et la qualification de sa restriction concurrentielle. Sans accorder un même poids à ce facteur et malgré la réforme majeure du contrôle des concentrations en 2004, l'analyse structurelle demeure au cœur de l'appréciation des concentrations en droit européen. Les règles substantielles d'appréciation des concentrations européennes s'intéressent premièrement et directement aux parts de marché des entreprises en cause. L'examen des parts de marché des entreprises parties à l'opération pré- et post-concentration peut donner aux autorités de contrôle une première piste quant au caractère concurrentiel de l'opération et à l'analyse plus poussée à mener. Cette vision générale obtenue, les autorités européennes s'intéressent ensuite au niveau de concentration du marché mesuré par l'indice *Herfindahl-Hirschman* dont le calcul nécessite de disposer des parts de marché de toutes les entreprises sur le marché. Le droit européen a été et reste ainsi très profondément marqué par le niveau de part de marché des entreprises concernées et par le degré de concentration du marché. Le recours à ces deux indicateurs permet aux autorités de la concurrence d'obtenir, rapidement et pour un coût limité, une première vision du pouvoir de marché de l'entité nouvelle issue d'une opération ainsi que de la dimension concurrentielle de l'opération.

105. Conclusion du §1. Au terme de ces développements, il apparaît que les autorités de concurrence ont très largement recours au critère de la part de marché afin de déterminer si une entreprise détient un pouvoir de marché substantiel. Il constitue le seul critère d'évaluation dans le système vietnamien de la concurrence. Dans le système européen, l'appréciation de la position des entreprises sur le marché est beaucoup plus stricte, les autorités utilisant un faisceau d'indices. Une part de marché élevée n'est pas automatiquement révélatrice de la détention d'une

³¹⁷ Projet de décret, *op. cit.*, article 30.

position dominante ou d'un pouvoir de marché substantiel. Cependant, elle constitue un indice de première importance et incontournable pour la preuve de l'existence d'une telle position. Pour être efficace, le critère de la part de marché doit être examiné dans sa globalité et pas seulement en termes de son niveau. Ce qui n'est pas toujours fait de façon systématique par les autorités européennes. En matière du contrôle européen des concentrations, l'examen cumulé, de la part de marché détenue par l'entité nouvelle issue de l'opération dans la perspective de la comparer à celle de ses concurrents et du degré de concentration du marché, permet de filtrer les diverses situations de concurrence entre celles qui ne sont pas préoccupantes et celles qui mettent en cause des entreprises ayant des parts de marché importantes et qui nécessite donc une analyse plus poussée. La part de marché fournit ainsi un filtre brut du pouvoir de marché et constitue l'indice justifiant l'ouverture de la phase II dans l'investigation. L'analyse de la structure du marché par la délimitation du marché pertinent sert d'instrument fournissant aux autorités de concurrence une photographie approximative du pouvoir de marché et de la position de l'entreprise sur le marché. Il ne nous paraît donc pas justifié de reprocher au critère de la part de marché et à cet exercice de la délimitation du marché de constituer un outil médiocre d'évaluation du pouvoir de marché. D'autant plus que cet exercice est aussi nécessaire pour l'examen des barrières à l'entrée, un critère qualifié de probant par les économistes de l'existence d'un pouvoir de marché substantiel et pris en compte par les autorités européennes de la concurrence dans leurs analyses concurrentielles.

§2. *L'évaluation des barrières à l'entrée*

106. Paramètre de nature également structurelle, la barrière à l'entrée est un second critère du faisceau d'indices qui complète l'appréciation de la part de marché de l'entreprise dans l'examen de l'existence d'un pouvoir de marché. Il s'agit d'un critère dont l'importance pour l'évaluation du pouvoir de marché est reconnue tant par les économistes que par les autorités de concurrence. Le pouvoir de marché n'a un sens en droit de la concurrence que lorsqu'il est durable. Or, l'absence des barrières à l'entrée empêche le pouvoir de marché de se maintenir dans le temps. Bien que la question de la définition des barrières à l'entrée soulève un vif débat doctrinal qui se poursuit, les méthodes d'analyse des barrières à l'entrée sont bien déterminées. Sur ce point, la Commission européenne de la concurrence, largement inspirée des *Merger Guidelines* américaines, a proposé d'examiner trois conditions pour que l'entrée de nouveaux concurrents

puisse être de nature à créer une pression concurrentielle sur les entreprises concernées. L'évaluation de ces conditions appelle une étude scrupuleuse des caractéristiques du marché en cause et doit s'effectuer dans un cadre où s'exerce la concurrence, rendant nécessaire la délimitation du marché. Il nous semble pertinent, dans un premier temps, d'exposer une genèse des barrières à l'entrée (A), pour ensuite, montrer de quelle manière la délimitation du marché sert de moyen d'analyse de ces dernières (B).

A. La genèse des barrières à l'entrée

107. Nous abordons tout d'abord la notion de barrière à l'entrée (1), puis sa fonction dans l'évaluation du pouvoir de marché (2) et enfin les catégories de barrières à l'entrée (3).

1. La notion de barrière à l'entrée

108. La barrière à l'entrée est une notion économique. L'examen des barrières à l'entrée a été proposé pour la première fois par Donald WALLACE en 1936³¹⁸. Cependant, une étude approfondie de la notion n'a été effectuée que quinze ans plus tard par l'économiste américain Joe S.BAIN dans son livre intitulé *Barriers to New Competition*³¹⁹. Dans cette étude, BAIN a défini le concept de barrière à l'entrée une définition. Selon sa définition, les barrières à l'entrée s'entendent comme étant un avantage que les entreprises en place ont sur les entrants potentiels. Il se traduit par la mesure dans laquelle les entreprises en place peuvent maintenir de façon persistante leurs prix au dessus des niveaux concurrentiels sans attirer de nouvelles entreprises dans l'industrie³²⁰. La définition révèle que BAIN qualifie de barrières à l'entrée les obstacles tels que les économies d'échelle, les investissements nécessaires, la différenciation de produits ainsi que des avantages absolus de coûts qui semblent être positivement corrélés aux profits élevés. De cette étude, BAIN a conclu que les caractéristiques structurelles de marché étaient des barrières à l'entrée. Cette définition a été critiquée par certains économistes pour le fait qu'elle est à la fois trop large et trop étroite. Trop large parce qu'elle conduit à qualifier de barrières à

³¹⁸ D. H. WALLACE, « Monopolistic Competition and Public Policy », *Am. Eco. Rev.*, vol. 26, n° 1, March 1936, p. 77-87.

³¹⁹ J. S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Cambridge, MA, *Harvard University Press*, 1956.

³²⁰ *Id.*, « A barrier to entry is an advantage of established sellers in an industry over potential entrant sellers, which is reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices above competitive levels without attracting new firms to enter the industry », p. 3.

l'entrée des phénomènes qui sont socialement profitables comme les économies d'échelle. Trop étroite parce qu'elle ne s'intéresse qu'aux cas où les entreprises en place tirent des profits de l'exercice des prix supra-concurrentiels. Lorsque les entreprises ne réalisent pas de tels profits alors que de nouvelles entrées sont impossibles, la définition de BAIN ne permet d'identifier aucune barrière³²¹.

109. En 1968, George STIGLER a proposé une définition qui est plus étroite et très différente de celle de BAIN. Au lieu de se concentrer comme BAIN sur les profits, il se concentre sur les coûts selon lesquels les barrières à l'entrée sont les coûts de production que les nouveaux entrants doivent supporter mais qui ne sont pas subis par les entreprises déjà en place³²². Dans cette optique, les économies d'échelle et les investissements nécessaires ne constituent pas des barrières à l'entrée. Ceux qui comptent sont l'accès à la technologie et des coûts élevés de mobilité. Cependant, il convient de noter qu'un accès à la technologie sur un pied d'égalité, il est plus difficile pour un nouveau entrant de pénétrer un marché qu'une entreprise qui y est déjà bien installée. En effet, les entreprises déjà présentes sur le marché ont déjà bien établi leurs marques et ont gagné la fidélité de leur clientèle, ce à quoi doivent faire face des entreprises cherchant à entrer dans le marché. Plus l'entreprise pénètre sur le marché tardivement, plus les obstacles auxquels elle fait face sont grands et moins leur entrée est effective. De plus, si le marché compte un certain nombre d'entreprises qui fournissent pleinement le marché, il n'y aura plus de place pour une nouvelle entrée. Ces difficultés ne semblent pas être reconnues par la définition de STIGLER.

110. Depuis ces deux définitions des barrières à l'entrée de BAIN et STIGLER, de nombreuses définitions ont été proposées au fil des ans dont la plupart³²³ se situent soit dans l'une ou l'autre de ces lignées. En schématisant, deux définitions après celles de BAIN et STIGLER attirent l'attention.

³²¹ Pour les critiques de la définition, v. D. CARLTON, « Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding », *Am. Eco. Rev.*, vol. 94, n° 2, 2004, p. 466-467.

³²² G. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968, p. 67: « A barrier to entry is a cost of producing (at some or every rate of output) that must be borne by firms seeking to enter an industry but is not borne by firms already in the industry ». Une remarque importante est l'utilisation du verbe « To be » au présent qui entraîne la confusion que les barrières à l'entrée sont les coûts de production subis par les nouveaux entrants au moment de leur entrée mais pas par les entreprises en place actuellement. La plupart des commentateurs pensent que l'auteur voulait impliquer les coûts de productions que même les entreprises en place n'ont pas dû supporter lors de leur entrée dans le passé.

³²³ Pour la liste des définitions les plus connues, voir R. P. MCAFEE, H. M. MIALON & M. A. WILLIAMS, « What Is a Barrier to Entry? », *Am. Eco. Rev.*, vol. 94, n° 2, 2004, p. 461-465.

111. En 1994, Denis W.CARLTON et Jeffrey M.PERLOFF³²⁴ ont proposé deux définitions des barrières à l'entrée. La première définition considère les barrières à l'entrée comme tout ce qui empêche une firme de créer instantanément une nouvelle entreprise sur un marché. Ils reconnaissent cependant que cette définition n'est pas pratique parce qu'elle implique que toute exigence de capital est une barrière à l'entrée et que tout marché dans lequel l'entrée prend du temps se heurte à une barrière à l'entrée. Ils suggèrent alors qu'une approche raisonnable consiste à se concentrer sur les barrières de long-terme à l'entrée qui s'entendent comme étant le coût nécessaire encouru par les entrants que les entreprises en place ne supportent pas ou n'ont pas eu à supporter. Cette définition est bien similaire à celle donnée par STIGLER.

112. Plus récemment en 2004, McAFEE, MIALON et WILLIAM³²⁵ ont tenté de clarifier la notion de barrières à l'entrée en levant les confusions économiques et distinguer deux catégories de barrières à l'entrée : barrière dite économique et barrière dite *antitrust*.

Une barrière à l'entrée dite économique est définie comme un coût que les nouveaux entrants doivent engager mais que les entreprises en place n'ont pas ou n'ont pas eu à supporter. C'est tout simplement la définition de STIGLER sous un emballage différent, pour clarifier les temps des verbes³²⁶.

Une barrière à l'entrée dite *antitrust* est définie comme un coût qui retarde l'entrée et par conséquent réduit le bien-être social par rapport à une entrée immédiate à coût égal. La définition des barrières à l'entrée *antitrust* est plus large et couvre celle des barrières à l'entrée économique.

La distinction entre les barrières économiques et les barrières *antitrust* s'explique par la différence des objectifs suivis par les économistes et les décideurs politiques. Les économistes utilisent le concept de barrières à l'entrée pour étudier la concurrence industrielle sur la longue période, alors que les décideurs politiques et les consommateurs sont souvent beaucoup plus préoccupés par le court terme³²⁷.

³²⁴ D. CARLTON & J. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, *op. cit.*, p. 76 et s.

³²⁵ R. P. McAFEE *et al.*, « What Is a Barrier to Entry? », *op. cit.*

³²⁶ OCDE, « Barrières à l'entrée », 2005, document publié en 2006 et disponible sur le site <http://www.oecd.org/competition/abuse/36344429.pdf> (consulté le 7 décembre 2014).

³²⁷ R. P. McAFEE & H. M. MIALON, « Barriers to Entry in Antitrust Analysis », Oct. 2004, disponible sur le site <http://vita.mcafee.cc/PDF/B2EFr.pdf> (consulté le 5 décembre 2014).

113. Conclusion du 1. Jusqu'à présent, aucune définition n'est retenue comme pertinente et opératoire dans l'analyse concurrentielle parce qu'il existe toujours des confusions et des désaccords même entre les économistes. Le débat sur la définition des barrières à l'entrée se poursuit. Cependant on se demande si les définitions ont vraiment de l'importance pour la politique de la concurrence en général et pour les analyses concurrentielles dans le concret. Certains auteurs considèrent important de savoir quand et jusqu'à quel point dans des cas concrets l'entrée sur le marché a des chances de faire échec aux effets anticoncurrentiels.

114. Transition. Alors que la question de la définition d'une barrière à l'entrée est toujours ouverte, il existe un consensus entre les économistes et une bonne conscience des autorités de concurrence sur l'importance de l'analyse des barrières à l'entrée tant en matière de pratiques anticoncurrentielles que dans le contrôle des concentrations parce qu'elle joue un rôle essentiel dans l'analyse du pouvoir de marché.

2. La fonction des barrières à l'entrée.

115. Les parts de marché et les barrières à l'entrée constituent désormais deux critères essentiels et indissociables pour évaluer une position dominante. Selon l'OCDE, la recherche de barrières à l'entrée au marché est assurément la démarche la plus solide pour détecter un pouvoir de marché³²⁸. Si l'entrée sur le marché est libre et instantanée, les prix seront théoriquement concurrentiels, quel que soit le degré de concentration du marché³²⁹. En revanche, l'existence des obstacles à l'accès sur le marché peut empêcher la concurrence potentielle de jouer son rôle et les entreprises en cause peuvent augmenter leur prix sans craindre que les entreprises n'étant pas encore présentes sur le marché en cause viennent servir leurs consommateurs. Si la part de marché révèle l'existence de l'exercice d'un pouvoir de marché, les barrières à l'entrée déterminent son effectivité.

116. L'analyse des barrières à l'entrée constitue une étape très importante de la procédure d'évaluation du pouvoir de marché et des effets concurrentiels en Europe. En matière de contrôle des concentrations, les Lignes directrices sur les concentrations horizontales réservent un grand

³²⁸ OCDE, « Techniques and Evidentiary Issues in Proving Dominance », 2006, disponible sur le site <http://www.oecd.org/competition/abuse/41651328.pdf> (consulté le 5 décembre 2014) ; « Barriers to Entry », *op. cit.* ; « Pouvoir de marché substantiel et concurrences », 2008.

³²⁹ M. MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1^{re} éd., 2004, p. 121.

titre à l'explication de la méthode d'analyse des barrières à l'entrée. Dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne eut plusieurs occasions de prononcer l'importance de cette analyse. Dans sa décision déclarant pour la première fois l'incompatibilité avec le Marché commun de la concentration entre *Aérospatiale-Alenia et de Havilland*, la Commission a bien indiqué que « *d'une manière générale, une concentration qui conduit à la création d'une position dominante peut toutefois être compatible avec le marché commun au sens de l'article 2 paragraphe 2 du règlement sur les concentrations lorsque tout indique que cette position n'est que temporaire et qu'elle s'érodera rapidement en raison de l'entrée très probable de concurrents puissants sur le marché. Avec ces nouveaux entrants, la position dominante ne semble pas devoir entraver de manière significative la concurrence effective au sens de l'article 2 paragraphe 3 du règlement sur les concentrations. Pour apprécier si la position dominante d'ATR/de Havilland est susceptible d'entraver la concurrence effective de manière significative, il faut donc examiner si l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché est probable* »³³⁰.

117. De même, dans les affaires d'abus de position dominante, la Commission examine si l'existence de barrières à l'entrée est susceptible d'exercer une contrainte concurrentielle sur l'entreprise présumée dominante et ainsi de contester sa position. L'affaire *Microsoft* en est un exemple probant. La Commission européenne a pris en considération les effets de réseau qui caractérisent le marché mondial des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels et constaté que la plate-forme Windows renforçait sans cesse un effet de réseau et ainsi contribuait à fermer l'accès à de nouveaux entrants sur ce marché. En effet, la plupart des logiciels étaient écrits pour la plate-forme Microsoft : plus un système d'exploitation est populaire, plus il y aura d'applications créées pour lui, et plus il y a d'applications créées pour un système d'exploitation, plus celui-ci sera populaire chez les utilisateurs³³¹. Cet effet de réseau rend extrêmement difficile, long, risqué et coûteux le développement d'un autre système d'exploitation pour ordinateurs personnels, sur lequel aucune applications ne pourrait a priori être exécutée car il est très peu probable que les utilisateurs achètent un système d'exploitation pour lequel il n'existe pas déjà une vaste gamme d'applications, testées et utilisées par d'autres utilisateurs³³². La

³³⁰ Décision de la Commission du 2 oct. 1991, IV/M.53, *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, JOCE L 334 du 5 déc. 1991, para. 53.

³³¹ Décision de la Commission du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, JOUE L 32 du 6 fév. 2007, para. 449.

³³² *Id.*, para. 453.

Commission a ainsi conclu que cette barrière à l'entrée protégeait les parts de marché élevées détenues par Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels de toute concurrence réelle émanant d'un nouvel arrivant potentiel³³³. Par conséquent, Microsoft a été considéré comme étant en position dominante.

118. La Commission européenne considère également l'existence des barrières à l'entrée lors de l'examen des accords dans le cadre de l'article 101 TFUE. Les Lignes directrices sur les restrictions verticales indiquent que « *le fait que les parties détiennent une grande part de marché constitue généralement un bon indicateur de leur pouvoir de marché, sauf lorsque les barrières à l'entrée sont faibles*³³⁴ ». En pratique, à part le recours à l'analyse des barrières à l'entrée pour l'examen d'un accord vertical à l'égard de l'article 101§1 TFUE, la Commission examine les barrières à l'entrée lorsqu'elle détermine l'absence d'une élimination substantielle de la concurrence, quatrième condition qui doit être remplie pour qu'un accord puisse bénéficier d'une exemption dans le cadre de l'article 101§3 TFUE³³⁵. Elle procède également à l'appréciation des barrières à l'entrée lors de l'examen individuel d'un accord vertical lorsque le seuil de 30%, mis en place par le règlement 330/2010, est dépassé.

119. Conclusion du 2. Ainsi, les barrières à l'entrée sont utilisées dans les différents examens concurrentiels en Europe. L'analyse de ce critère permet de vérifier si le pouvoir de marché détenu par l'entreprise concernée, déduit par les parts de marché, est remis en cause. De cette manière, cette analyse complète celle des parts de marché.

120. Transition. Les obstacles que peuvent rencontrer les concurrents potentiels pour accéder au marché sont nombreux. La Commission européenne procède à une énumération qui est en fait une synthèse de la jurisprudence des juridictions de l'Union³³⁶. En fonction de circonstances, elles peuvent relever de différents types de barrières.

³³³ *Id.*, para. 459.

³³⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130 du 19 mai 2010, pt. 112.

³³⁵ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, JOUE C 101/97 du 27 avril 2004, pt. 114.

³³⁶ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 fév. 2009, pt. 17.

3. Les catégories des barrières à l'entrée

121. Les barrières à l'entrée proviennent de diverses sources dépendant des circonstances. Elles peuvent être de nature structurelle, dépendant des conditions au fonctionnement du marché (a), ou stratégique lorsque les entreprises en place adoptent des stratégies visant à conserver leurs avantages et à empêcher des concurrents de pénétrer le marché (b), ou encore réglementaire dues aux dispositions et règles définies par l'État (c).

a. Les barrières structurelles.

122. Les barrières structurelles à l'entrée proviennent des conditions de base dans lesquelles s'exerce l'activité, telles que les coûts, la demande et la technologie³³⁷. BAIN a retenu trois facteurs caractérisant ce type de barrières : les avantages absolus de coûts (i), les économies d'échelle (ii) et la différenciation des produits sur le marché (iii). Un quatrième facteur, les frais d'investissement élevés, a été reconnu, après de vifs débats³³⁸ par la plupart des économistes, comme élément constituant les barrières structurelles à l'entrée.

i. Les avantages absolus de coûts

123. Un avantage absolu en matière de coûts existe lorsque les coûts prévisionnels des entrants potentiels sont, pour les niveaux courants de production, supérieurs à ceux des entreprises en place³³⁹. C'est-à-dire que les coûts moyen subits par les entreprises entrantes pour la production du produit substituable à celui des entreprises en place, quelque soit le volume, sont plus élevés que les coûts moyens supportés par ces dernières. Cela bénéficie aux entreprises déjà installées qui peuvent réaliser des profits supérieurs à la moyenne sans craindre l'entrée des concurrents et ainsi renforcer leur pouvoir sur le marché.

124. Les avantages en matière de coût sont divers. Ils peuvent résulter d'un effet d'apprentissage lorsque les entreprises en place ont déjà l'acquisition d'une expérience de production et un accès à une technologie de production de niveau supérieur à celle des nouveaux entrants. Ils peuvent également provenir d'un accès facile ou même exclusif à des sources d'approvisionnement ou encore d'une détention d'un réseau de distribution.

³³⁷ OCDE, « Barriers to Entry », *op. cit.*, p. 28.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ J. BAIN, Barriers to New Competition, *op. cit.*, p. 144.

125. En outre, l'entreprise détenant d'un pouvoir de marché peut pratiquer un prix faible pour dissuader l'entrée, notamment dans le cas d'une fusion. En effet, les entreprises qui fusionnent disposent d'un pouvoir de négociation accru vis-à-vis des fournisseurs. Elles peuvent plus facilement négocier des réductions de prix dans la mesure où les quantités achetées sont désormais plus importantes. Aussi longtemps que l'entreprise en place fixe ses prix à un niveau inférieur au coût prévu par l'entrant, elle peut engranger des bénéfices supra-concurrentiels et l'entrée sera non rentable³⁴⁰. Par ailleurs, une concentration entre deux entreprises n'ayant pas les mêmes niveaux de technologie conduit à une réduction du coût absolu de production : l'entreprise disposant de la technologie efficace va en faire bénéficier son partenaire qui abandonne la technologie obsolète. Ainsi, les tiers courent de grands risques en entrant sur le marché.

ii. Les économies d'échelle

126. Les économies d'échelle sont fondées sur le principe d'une réduction des coûts liée à l'augmentation de la taille de l'entreprise. Le coût du produit est fonction de la quantité produite : plus on produit, moins le produit coûte cher. Dès lors, lorsque la taille d'une entreprise augmente, le coût unitaire de production ou « coût moyen » baisse. Les entreprises qui entreraient sur le marché avec une taille sous-optimale³⁴¹ auraient des coûts supérieurs à ceux supportés par les entreprises en place disposant d'une taille optimale. S'ils veulent s'aligner sur les prix pratiqués par les entreprises installées, ils sont quasiment obligés de vendre à perte, l'entrée ne sera donc pas rentable. En revanche, s'ils pratiquent un prix plus élevé que celui des entreprises en place, leur produit risque de ne pas pouvoir être concurrentiel avec le produit de ces dernières et leur entrée n'est pas non plus avantageuse.

127. Les économies d'échelle sont ainsi considérées comme barrières à l'entrée si les entreprises en place ont la possibilité de fixer un prix supérieur au minimum du coût moyen sans susciter l'entrée de nouveaux concurrents. BAIN a analysé cette possibilité en fonction de la taille du marché et des réactions des entreprises en place à une nouvelle entrée. Selon lui, il y a deux situations : la première situation est celle où les entreprises installées ne réagissent pas à

³⁴⁰ OCDE, « Barriers to Entry », *op. cit.*, p. 28.

³⁴¹ Le niveau de production qui minimise le coût moyen de production est appelé « taille minimale optimale » (TMO).

une nouvelle entrée sur le marché, ce qui va entraîner une baisse du prix du produit parce que le marché est désormais fourni avec une quantité plus importante en raison de la présence d'un nouvel offreur. La théorie des jeux de la science économique nous enseigne qu'en réalité aucune entreprise en place n'est indifférente à une nouvelle entrée sur le marché. Ainsi, la deuxième situation est que si les entreprises en place réagissent à une nouvelle entrée en adoptant une stratégie de prix se fondant sur l'existence des économies d'échelle, l'entreprise entrante sera obligée, si elle décide d'entrer sur le marché, de s'exposer à un combat avec celles-là afin de conquérir la part de marché. Plus les économies d'échelle sont importantes, plus la part de marché à conquérir par le nouvel entrant afin d'atteindre le seuil de rentabilité est importante, rendant peu probables de nouvelles entrées³⁴². Les économies d'échelle constituent ainsi bel et bien une barrière à l'entrée.

iii. La différenciation des produits³⁴³

128. La différenciation de produit crée des barrières à l'entrée d'une importance capitale. En effet, cette stratégie crée aux yeux des consommateurs l'impression que deux biens ou deux services ne sont pas parfaitement substituables parce qu'ils ont des caractéristiques, objectives ou subjectives, différentes ou bien qu'ils sont de localisations différentes. La politique de différenciation, soutenue par la publicité, procure aux entreprises en place un avantage important en termes d'image de marque, ce qui leur permet d'acquérir de nombreux clients³⁴⁴. Lorsque les consommateurs s'attachent à ces produits qui satisfont leurs besoins, leur fidélité est gênante pour le nouvel opérateur. Pour détourner le consommateur de l'ancienne marque, l'entreprise entrante devra engager de lourdes sommes dans la publicité. Or, ces sommes ne sont pas récupérables et il faut encore qu'il s'agisse de marque incontournable.

³⁴² Rapport d'activité du Conseil français de la concurrence pour l'année 2000, p. 67.

³⁴³ Pour l'analyse détaillée de la politique de différenciation des produits, v. *infra*, n° 344.

³⁴⁴ Décision de la Commission du 11 septembre 1997, IV/M.833, *The Coca-cola Company/Carlsberg A/S*, JOCE L 145 du 15 mai 1998, para. 73 : « *L'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le domaine des boissons gazeuses sans alcool, et des sociétés comme The Coca-cola Company et Pepsi-co ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leurs marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché* ».

iv. Les frais d'investissement élevés

129. Les frais d'investissement sont les frais nécessaires qu'un entrant doit engager pour pénétrer sur un marché et y être actif. Ils constituent une barrière à l'entrée pour un entrant potentiel lorsque sa décision d'entrée est influencée par ce facteur. En effet, il est moins probable qu'une entreprise décide d'investir lourdement pour entrer sur un marché alors que la part des frais qui est irrécupérable est grande et notamment que la réussite de l'entrée est très incertaine. Plus le niveau des investissements initiaux sont élevés et plus il y a de risque, moins il est probable que l'entrée ait lieu. C'est notamment sur les marchés matures ou sur certains autres³⁴⁵ sur lesquels un montant de capital considérable est exigé. Il est à noter que les frais d'investissement, pour être considérés comme barrière qui décourage l'entrée d'un entrant potentiel, doivent être d'une certaine importance.

b. Les barrières stratégiques

130. Les barrières stratégiques sont les stratégies mises en place par les entreprises en place visant à maintenir leur pouvoir de marché en rendant l'entrée des concurrents potentiels non rentable. Elles peuvent prendre diverses formes permettant d'ériger des barrières artificielles sur le marché qui découragent l'entrée des entrants potentiels. En général, les stratégies que les entreprises en place peuvent utiliser peuvent être classifiées en trois catégories : stratégies de prix, stratégies de production et stratégies de vente.

i. Les stratégies de prix

131. Les stratégies de prix sont utilisées souvent par les entreprises ayant un certain pouvoir de marché sur le marché en cause parce qu'elles sont capables, avec leur puissance, de pratiquer une guerre des prix. En fonction de la structure du marché, les entreprises peuvent adopter une stratégie de prix-limite ou celle de prix prédateurs.

132. *Prix-limite*³⁴⁶ : La stratégie du prix limite vise à détecter toute tentative des entrants potentiels d'entrer sur le marché en cause. En effet, les entreprises en place fixent un prix de

³⁴⁵ Dans les secteurs d'activités tels que la construction automobile, la sidérurgie, l'extraction minière ou des platinoïdes, les secteurs de haute technologie et d'assurance, etc.

³⁴⁶ La théorie du prix-limite a été développée notamment par J. BAIN, *Barriers to New Competition*, *op. cit.* V. également F. MODIGLIANI, « New Developments on the Oligopoly Front », *Journal of Political Economy*, n° 2,

marché qui n'est pas inférieur au niveau de leurs coûts mais qui n'est pas non plus suffisamment intéressant pour que les entreprises en dehors du marché perçoivent qu'ils feront des profits positifs s'ils entrent. Ainsi, les entreprises déjà présentes acceptent de sacrifier une partie de leurs profits dans un premier temps afin de réaliser des surprofits dans un deuxième temps parce que cette stratégie du prix-limite réduit la possibilité de la réussite d'une entrée et ainsi décourage l'entrée de nouveaux concurrents.

133. Afin de mettre en œuvre cette stratégie, il est supposé que l'entreprise installée est capable de convaincre l'entrant potentiel qu'elle maintient le même niveau de production après l'entrée³⁴⁷. En effet, l'entrant potentiel peut très bien croire qu'une fois son entrée a véritablement lieu, l'entreprise en place s'accommodera à cette entrée en réduisant sa propre production afin de maximiser son profit, et ainsi le marché est désormais partagé par l'entreprise en place et la nouvelle entrante, ce qui permettra à cette dernière de réaliser des profits positifs. En revanche, si l'entreprise en place maintient son niveau de production au niveau de celui avant l'entrée, l'entrant potentiel ne peut compter que sur le « solde »³⁴⁸ de la demande totale du marché qui est trop faible pour que l'entrée soit rentable. Dans ce cas, il est évident que ce dernier décide de ne pas entrer sur le marché. Cependant, l'hypothèse du maintien du volume de production initiale par les entreprises en place est considérée comme n'étant pas crédible parce qu'elle est instantanément réversible³⁴⁹. Selon la théorie économique, la meilleure réponse de l'entreprise en place à une nouvelle entrée est d'ajuster sa production. Consciente de cet ajustement, la meilleure réponse de la nouvelle firme est d'entrer³⁵⁰. Par conséquent, quelque soit le choix du niveau de production de l'entreprise en place, l'entrante potentielle a toujours intérêt à entrer.

134. La stratégie du prix-limite n'entraîne pas en principe d'actions de la part des autorités de concurrence. La Commission européenne a une fois examiné le prix-limite pratiqué par la société

June 1958, p. 215-232; P. SYLOS-LABINI, *Oligopoly and Technical Progress*, traduction en anglais par E. HENDERSON, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, édition révisée, 1969.

³⁴⁷ Il s'agit d'une série d'hypothèses supposée : 1) les entreprises établies et les entrants potentiels maximisent leurs profits à long terme ; 2) les entreprises établies n'éprouvent pas de difficultés à s'entendre pour fixer le prix-limite ; 3) la production est homogène ; 4) les entreprises établies disposent d'un avantage en matière de coûts ; 5) les entreprises établies disposent des économies d'échelle.

³⁴⁸ A. JACQUEMIN, *Économie industrielle européenne : structures de marché et stratégies d'entreprise*, Dunod, 1975, p. 141.

³⁴⁹ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *op. cit.*, p. 237.

³⁵⁰ *Ibid.*

britannique British Sugar dans l'affaire *Napier Brown Company c./British Sugar*³⁵¹ en 1988. Cependant, la notion de prix-limite est évoquée dans la décision comme un indice supplémentaire pour définir une position dominante et non pour caractériser un abus, le British Sugar n'ayant pas été condamnée pour l'utilisation de cette stratégie.

135. *Prix prédateurs* : La prédation consiste pour une entreprise en position dominante à fixer temporairement ses prix à un niveau inférieur à ses propres coûts pour forcer un concurrent potentiel à ne pas entrer sur le marché ou le sortir du marché une fois que son entrée a eu lieu. L'entreprise peut ensuite pratiquer un prix plus élevé pour maximiser son profit. L'objectif des stratégies du prix prédateurs et du prix-limite est le même, c'est que l'entreprise en place accepte une diminution du profit à court terme pour générer des profits élevés à long terme. Si la pratique du prix-limite n'entraîne pas l'intervention des autorités de concurrence, la prédation constitue en revanche un abus de position dominante et est condamné à ce titre par les autorités de concurrence. Il s'agit d'une question qui est très fréquemment évoquée en droit européen de la concurrence. Cette pratique sera analysée plus en détail dans la section 2.

ii. Les stratégies de production

136. L'entreprise établie peut choisir de manipuler les capacités des entrants potentiels en décidant de développer une capacité excessive. Le raisonnement de cette stratégie est que la disponibilité d'une capacité de production permettra à l'entreprise en place de réagir rapidement et de faire baisser les prix du produit en cas d'une entrée ou d'une augmentation de la production de ses concurrents. Lorsque l'offre sur le marché est plus élevée que la demande, le nouvel entrant ne peut pas entrer en concurrence parce qu'il ne peut plus couvrir ses coûts et ainsi est obligé, de sortir du marché. Pour les concurrents existants, ils sont obligés soit de réduire la production pour retourner au niveau de production antérieur s'ils veulent maintenir des profits, soit d'entrer dans une guerre des prix et ainsi accepter la réduction des profits, voire subir des pertes pour garder leur part de marché³⁵².

³⁵¹ Décision de la Commission du 18 juillet 1988, IV/30.178, *Napier Brown c./British Sugar*, JOCE L 284 du 19 oct. 1988, para. 44.

³⁵² La guerre de pétrole de 2014-2016 est un excellent exemple de la guerre des prix lorsque les pays producteurs de pétrole ont décidé de ne pas réduire leur niveau de la production afin de maintenir leur part de marché. Cependant, il est à noter que le surplus de production du pétrole n'est pas le fruit d'une stratégie volontaire de surcapacité qui vise à expulser une nouvelle entrée ou un concurrent existant mais d'un développement d'une nouvelle méthode de production de pétrole. En effet, depuis que les compagnies pétrolières américaines ont réussi à développer une

137. Bien que les surcapacités de production ne soient pas considérées par les économistes comme des barrières à l'entrée, la Commission et les juridictions européennes les qualifient des barrières à l'entrée dans de nombreuses décisions et arrêts. Par exemple, dans l'affaire *Crown-Cork*³⁵³ concernant la concentration entre Crown Cork & Seal et CarnaudMetalbox sur les marchés de bombes aérosols en fer blanc et des boîtes de conserve, la Commission européenne a clairement indiqué au point 79 que «[...] cette capacité à exercer une pression sur les prix découragerait toute tentative d'implantation à grande échelle, même sur un marché où le coût de l'entrée serait relativement faible, dans la mesure où le nouvel arrivant pourrait vite être forcé de se retirer du marché et hésiterait à y revenir au moment où les prix remonteraient ».

iii. Les stratégies de vente

138. Les entreprises en position dominante peuvent employer deux stratégies de vente qui se réalisent dans leur volonté d'éviction d'un concurrent ou de création des barrières à l'entrée : la vente liée et la vente d'exclusivité.

139. La vente liée consiste pour une entreprise dominante à obliger un acheteur à acquérir, en plus du produit qu'il désire, un second produit qu'il soit complémentaire ou non du premier. Lorsque les acheteurs ont des préférences divergentes quant aux produits vendus, la stratégie de vente liée permet à l'entreprise de capter davantage de consommateurs, produisant des effets en sa faveur tant sur son marché principal que sur le marché du produit lié. En effet, les acheteurs préféreront acheter les deux produits proposés par une entreprise au lieu d'acheter le premier à celle-ci et le second à celle-là. En conséquence, les entrants potentiels ne pourront pas écouler

méthode permettant de produire le pétrole de schiste, elles sont devenues des nouveaux offreurs sur le marché. L'offre du pétrole était désormais plus élevée que la demande, ce qui a entraîné la baisse du prix. Or, les producteurs existants sur le marché (du groupe d'OPEC) n'ont pas accepté de réduire leur niveau de production parce qu'ils ne voulaient pas céder à ces nouveaux entrants une partie de leurs parts de marché. La guerre de pétrole a commencé depuis 2014 et a duré jusqu'en 2016. Mais ce sont les consommateurs qui étaient les bénéficiaires de cette guerre, au moins dans le court terme. Dans tel cas, l'existence de surcapacités de production qui est l'origine de l'évolution du secteur ou des conditions normales de concurrence pour le secteur, notamment dans les secteurs où l'activité est cyclique tels que l'industrie du ciment, de l'automobile, de sidérurgie, ne doit pas être qualifiée de barrières à l'entrée. Il faut cependant noter qu'à cause du prix bas alors que les coûts de production sont élevés, beaucoup de compagnies de pétrole ont fait faillite et disparu sur le marché. Alors à long-terme, l'intérêt du consommateur serait-il affecté ? Nous estimons que ces surcapacités peuvent avoir l'effet d'une barrière à l'entrée même si ce résultat n'est pas celui recherché par les entreprises présentes sur le marché.

³⁵³ Décision de la Commission du 14 nov. 1995, IV/M.603, *Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox*, JOCE L 75 du 23 mars 1996. V. également décision de la Commission du 21 déc. 1993, IV/M.358, *Pilkington-Techint/SIV*, JOCE L 75 du 23 mars 1996, para. 44.

leur produit s'ils décident d'entrer sur le marché principal de l'entreprise dominante. La situation est la même pour les concurrents de celle-ci sur le marché du produit lié qui ne seront plus capables de concurrencer l'entreprise dominante et seront alors exclus du marché. Ainsi, la vente liée crée d'une part des barrières à l'entrée sur un marché principal de l'entreprise et peut constituer d'autre part un moyen pour cette dernière de monopoliser un autre marché³⁵⁴.

140. La vente liée peut être une pratique abusive au sens de l'article 102 (d) TFUE à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée. La Commission européenne a eu l'occasion de sanctionner cette pratique dans plusieurs affaires dont l'affaire *Eurofix-Bauco/Hilti*³⁵⁵ est une bonne illustration de la vente liée qualifiée de barrières à l'entrée. Hilti est le leader mondial dans le domaine des pistolets de scellement et des produits consommables utilisés dans ces appareils comme clous, cartouches et chargeurs. La société a mené une politique consistant à ne fournir des chargeurs à certains utilisateurs finals ou distributeurs que lorsque ces chargeurs étaient commandés conjointement avec leur complément nécessaire de clous. Elle réduisait d'autre part les ristournes offertes sur les chargeurs quand ils n'étaient pas commandés avec les clous et refusait d'honorer sa garantie lorsque les clous utilisés étaient d'une autre marque. Or, Hilti jouissait d'une position dominante sur les marchés des pistolets de scellement, des clous et des chargeurs compatibles à ses appareils sur lesquels elle était protégée par de nombreuses barrières à l'entrée notamment celle due à l'existence de brevets. La pratique de Hilti a ainsi empêché ou limité l'accès à ces marchés de fabricants indépendants de produits consommables compatibles avec les appareils Hilti. La Commission a estimé que « [...] *En l'absence d'une telle disponibilité de chargeurs compatibles, pour lesquels Hilti détenait jusqu'à tout récemment des brevets dans l'ensemble de la CEE, les producteurs indépendants de clous compatibles ont été fortement restreints dans leurs efforts de pénétrer sur le marché* »³⁵⁶. Le Tribunal et la Cour de Justice ont confirmé l'analyse de la Commission et Hilti a été condamné pour la pratique abusive de sa position dominante.

141. La vente d'exclusivité est une autre pratique que pas moins d'entreprises dominantes utilisent à des fins stratégiques. Elle est notamment fréquente dans le secteur de l'énergie et elle a les mêmes effets que la vente liée.

³⁵⁴ Il s'agit d'effet de levier produit par la pratique de vente liée.

³⁵⁵ Décision de la Commission du 22 déc. 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, JOCE L 65 du 11 mars 1988.

³⁵⁶ *Id.*, para. 74.

142. La vente d'exclusivité, sous forme des contrats d'exclusivité ou des clauses d'exclusivité, est un accord entre un fournisseur et un acheteur dans lequel celui-ci s'engage à accorder des réductions de prix plus ou moins importantes à celui qui en échange s'engage à s'approvisionner totalement ou partiellement auprès de son cocontractant pour une durée relativement longue. Le fait qu'une entreprise dominante cherche à imposer une telle obligation d'achat exclusif à ses clients constitue des barrières empêchant les nouveaux concurrents d'entrer sur le marché. En effet, des pénalités sont souvent prévues dans l'accord en cas de non respect de l'exclusivité. Alors si les acheteurs décident de ne plus s'approvisionner auprès de l'entreprise dominante avec laquelle elle a l'accord pour s'approvisionner auprès d'autres ou ailleurs, ils pourraient devoir payer ces pénalités qui sont parfois très lourdes. Les entrants potentiels, s'ils veulent entrer sur le marché, devront persuader les acheteurs de changer de produit. Pour cela, il leur faudra non seulement être capable de proposer un produit plus pertinent et/ou à un prix plus attractif mais peut-être aussi de prendre en charges les éventuelles pénalités imposés aux acheteurs par leur ancien fournisseur, ce qui risque d'être pour lui un coût déraisonnable. Dans le cas contraire, les acheteurs n'ont pas de raison pour se tourner vers d'autres fournisseurs que le leur. Dans le secteur d'énergie dont l'entrée demande un gros investissement, les accords exclusifs sont par conséquent souvent d'une durée des dizaines d'années, les entrants potentiels n'ayant presque pas de chance d'accéder à ce débouché. Dans d'autres secteurs, certains contrats d'exclusivité peuvent produire des effets de cloisonnement du marché et sont ainsi qualifiés d'abus de position dominante selon l'article 102 TFUE.

143. En sus des barrières structurelles et stratégiques, les sources des barrières à l'entrée peuvent être d'ordre juridique.

c. Les barrières d'ordre juridique

144. Les barrières d'ordre juridique peuvent être les réglementations nationales (i) ou les droits de propriété intellectuelle (ii).

i. Les réglementations nationales

145. Les réglementations nationales sont reconnues à l'unanimité comme constituant des barrières à l'entrée. Il s'agit des obstacles tarifaires et para-tarifaires qui ne résultent pas de

conditions économiques mais de mesures législatives, administratives ou autres actes des pouvoirs publics ayant un effet direct sur les conditions d'entrée et/ou la position des opérateurs sur le marché pertinent. En effet, l'existence de droits d'entrée ou de taxes à l'importation élevés, de restrictions à l'importation, de normes relatives à la qualité, à la composition, à la sécurité, à la santé, etc. limitent le nombre d'entreprises sur le marché en rendant plus difficile l'accès des producteurs étrangers. Ainsi, les réglementations nationales sont susceptibles de créer ou renforcer un pouvoir de marché parce qu'elles réduisent la concurrence potentielle en faveur des entreprises établies sur le marché. Dans l'affaire *Clearstream*³⁵⁷, la Commission a considéré que le fait que les règles régissant les bourses allemandes stipulent que la condition de règlement en bonne et due forme fixée dans la *Börsengesetz* (loi sur la bourse) est remplie dès lors qu'une société sollicitant l'admission à la négociation sur une de ces bourses assure le règlement de ses transactions boursières via Clearstream Banking AG (pour le transfert de titres) et la banque centrale d'un Land³⁵⁸ (pour le versement des espèces) constitue une barrière d'entrée et renforce de cette façon la position de Clearstream Banking AG sur le marché en cause.

ii. Les droits de propriété intellectuelle

146. Les droits de propriété intellectuelle qui confèrent à leurs titulaires une protection sur un ou plusieurs marchés peuvent constituer une forme de barrières à l'entrée. À ce point, la jurisprudence européenne est abondante. La Commission a affirmé dans l'affaire *Shell/Montecatini* que les brevets pour l'invention de base ou ses améliorations ultérieures pour la production des polypropylènes « *peuvent retarder, parfois indéfiniment, l'entrée sur le marché d'opérateurs qui cherchent à développer de nouvelles technologies qui n'enfreignent pas les brevets en question. À cet égard, le risque de procès long et coûteux entraverait sérieusement les futures activités en matière de licences parce que aussi bien le donneur que le preneur de licence pourrait être poursuivi par le titulaire du droit de propriété intellectuelle pour infraction au brevet* »³⁵⁹. Dans la fusion *Ciba-Geigy/Sandoz*³⁶⁰, elle se préoccupait de la possibilité que l'entité nouvelle bloque l'entrée des concurrents potentiels par le biais des brevets combinés future dans le domaine de certaines thérapies génétiques pour le traitement de tumeurs cérébrales

³⁵⁷ Décision de la Commission du 2 juin 2004, COMP/38.096, *Clearstream*, JOUE C 165 du 17 juillet 2009. (Recours devant le Tribunal : arrêt du 9 septembre 2009, T-301/04).

³⁵⁸ *Ibid.*, para. 211.

³⁵⁹ Décision de la Commission du 8 juin 1994, IV/M.269, *Shell/Montecatini*, JOCE L 32 du 22 déc. 1994, para. 32.

³⁶⁰ Décision de la Commission du 17 juillet 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201/1 du 29 juillet 1997.

et autres. L'opération n'a été approuvée qu'avec engagements pris par les parties concernées d'accorder des licences non exclusives aux entrants potentiels. En revanche, dans *Procardia/Erbamont*³⁶¹, la Commission a estimé que l'entrée dans différents marchés pharmaceutiques en cause serait plus facile en raison de l'absence de brevets sur le marché.

147. Les juridictions européennes ont également à plusieurs reprises jugé que les droits de propriété intellectuelle constituent un obstacle à l'entrée d'un nouveau concurrent. En effet, le Tribunal a considéré la possession de droits de propriété intellectuelle comme susceptible « *de créer une position dominante, notamment en donnant à l'entreprise la possibilité de faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur le marché*³⁶² ». Dans certaines situations, la propriété de droits intellectuels est considérée comme l'origine d'une position dominante, souvent dans les secteurs pour lesquels la production d'un produit fait appel à des procédés technologiques comme le secteur pharmaceutique. La Cour de Justice a affirmé dans son arrêt *Sot. Lélos kai Sia contre GlaxoSmithKline* que « *lorsqu'un médicament est protégé par un brevet conférant un monopole temporaire à son titulaire, la concurrence sur le prix qui peut exister entre un producteur et ses distributeurs, ou entre commerçants parallèles et distributeurs nationaux, est, jusqu'à l'expiration de ce brevet, la seule forme de concurrence envisageable*³⁶³ ».

148. Conclusion du A. À s'en tenir à la logique des barrières à l'entrée, il est indéniable qu'elles sont importantes dans de nombreux domaines du droit de la concurrence parce qu'elles font une partie essentielle de l'analyse du pouvoir de marché. En dépit du manque d'un consensus sur la question de la définition de la notion, les types d'obstacles susceptibles d'être considérés comme barrières à l'entrée sont bien déterminés. Au fond, analyser les barrières à l'entrée consiste à apprécier la réalité de la pression concurrentielle que supportent les entreprises en question en envisageant si le pouvoir de marché détenu par celles-ci ou leur position sur le marché est contestable par leurs concurrents. Se pose une question importante de savoir comment les barrières à l'entrée peuvent être correctement évaluées dans des cas particuliers.

³⁶¹ Décision de la Commission du 29 avril 1993, IV/M.323, *Procardia/Erbamont*, JOCE C 128 du 8 mai 1993.

³⁶² Arrêt du Tribunal du 1^{re} juillet 2010, T-321/05, *AstraZeneca c./Commission*, Rec. p. II-2805, para. 270.

³⁶³ Arrêt de la CJCE du 16 septembre 2008, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, *Sot.Lélos kai Sia EE e.a.c./GlaxoSmithKline*, Rec. p. I-7139, para. 64.

B. Le rôle de la délimitation du marché pertinent dans l'analyse des barrières à l'entrée

149. Il est important de remarquer que lorsque l'on analyse les barrières à l'entrée, il ne faut pas chercher à démontrer que les barrières à l'entrée sont élevées mais qu'elles sont capables de déceler ou contrecarrer toute éventuelle pratique anticoncurrentielle. L'ordre dans lequel se déroule ce processus est alors important. L'analyse d'entrée ne devrait être menée que sur les marchés où le niveau de concurrence à l'issue d'une opération ou d'une pratique n'est pas qualifié de suffisant ou d'adéquat, ce qui n'est apprécié que sur un marché délimité (1). L'insuffisance de la concurrence réelle sur le marché rend l'analyse de la concurrence potentielle nécessaire. Pour son appréciation, la délimitation du marché sert de cadre dans lequel est mise en œuvre l'analyse des facteurs retenus par les autorités européennes (2).

1. L'identification du marché sur lequel l'entrée est analysée

150. L'analyse des barrières à l'entrée représente une partie essentielle de l'appréciation du pouvoir de marché et de l'analyse des affaires de concurrence en générale. Cependant, les barrières à l'entrée élevées déterminent-elles le résultat des investigations menées par les autorités ? Pas nécessairement. En effet, la nature de cette analyse est d'apprécier les contraintes concurrentielles que supporte l'entreprise dominante. Lorsque la concurrence sur le marché est considérablement réduite par une opération de concentration ou une pratique, la pression concurrentielle exercée par les entreprises déjà présentes sur le marché pourrait ne pas être suffisante pour décourager ou dissuader les entreprises concernées d'augmenter leurs prix, l'analyse des barrières à l'entrée est alors nécessaire. En revanche, lorsqu'il existe, en dépit des barrières substantielles à l'entrée, une vive concurrence post-concentration ou après la mise en œuvre d'une pratique prétendument anticoncurrentielle, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse. Ainsi, on aurait tort de penser qu'une fusion diminuera considérablement la concurrence simplement parce que les barrières à l'entrée sont élevées. L'analyse d'entrée ne devrait être effectuée qu'après l'évaluation du niveau de concurrence qui existerait probablement s'il n'y avait pas de nouveau venu. Si ce niveau est jugé adéquat, il n'est pas nécessaire d'examiner les conditions d'entrée³⁶⁴.

³⁶⁴ OCDE, Barrières à l'entrée, *op. cit.*

151. Par conséquent, la nécessité de l'analyse des contraintes concurrentielles potentielles dépend de l'analyse des contraintes concurrentielles réelles. Cette dernière évalue la capacité des entreprises installées sur le marché de répondre à une augmentation des prix par un accroissement de leurs ventes et d'exercer, de cette manière, une pression concurrentielle à l'entreprise dominante. Il est important alors d'examiner s'il existe des barrières à l'expansion empêchant les entreprises d'augmenter leur production. Dans l'affaire *Blackstone/Acetexl*, la Commission a pris en compte des capacités de production d'expansion d'usines existantes ou de création d'usine d'acide acétique dans leur évaluation de la position de la nouvelle entité post-concentration. Ainsi, elle a déclaré qu'en dépit d'un accroissement relativement rapide de la demande des produits en cause, les nouvelles capacités prévues, notamment en Extrême-Orient et au Moyen-Orient, augmenteront encore plus rapidement et que dans une telle situation, toute tentative des parties à relever les prix ou de réduire la capacité serait vouée à l'échec³⁶⁵. Par conséquent, la concentration a été autorisée sans besoin d'analyser des barrières à l'entrée.

152. Le cas où l'expansion est qualifiée de la plus probable est celui des entreprises présentes sur le marché en cause qui disposent d'une capacité productive inemployée. L'existence des capacités de production inemployées permettant aux entreprises de disposer d'un moyen immédiat de répondre à une augmentation des prix sans devoir recourir aux coûts irrécouvrables. L'évaluation de la pression concurrentielle réelle que font peser les concurrents sur l'entreprise dominante n'est effectuée que sur un marché délimité car elle nécessite que soient déterminées les entreprises présentes sur le marché. Ainsi, la délimitation du marché permet d'identifier la zone d'une concurrence effective et de déterminer les situations où il est nécessaire, pour apprécier l'exercice d'un pouvoir de marché, de procéder à une analyse d'entrée.

153. Une fois que la nécessité et l'intérêt d'une analyse d'entrée est soulignée, il faudra procéder à son évaluation. Nous verrons que les facteurs cernés par la Commission européenne pour cette évaluation appellent également une délimitation du marché.

³⁶⁵ Décision de la Commission du 13 juillet 2005, COMP/M.3625, *Blackstone/Acetex*, JOUE L 312 du 29 nov. 2005, paras. 88-95 et 107-112. V. également décisions de la Commission du 1^{er} juillet 2005, COMP/M.3578, *BN/Nova Chemicals /JV*, paras. 31, 34 ; du 22 déc. 1994, IV/M.475, *Shell Chimie/Elf Atochem*, JOCE C 35 du 11 fév. 1996, paras. 4 et 49 ; du 12 avril 1991, IV/M.42, *Alcatel/Telettra*, JOCE L 122 du 17 mai 1991, paras. 38-40.

2. Le périmètre pour l'évaluation des conditions d'entrée

154. À l'origine concept économique, l'évaluation des barrières à l'entrée est délicate. Afin d'assurer la légitimité de l'intégration de ce facteur économique en tant que facteur de l'analyse concurrentielle et la sécurité juridique, les autorités européennes ont adopté une méthodologie précise de leur appréciation. Elles procèdent, pour déterminer si l'entrée de concurrents potentiels exerce une pression concurrentielle suffisante sur les entreprises concernées, à une analyse s'articulant autour de trois points : la probabilité de l'entrée (a), sa rapidité (b) et sa suffisance (c) pour pouvoir régler tout problème risquant de porter atteinte à la concurrence.

a. La probabilité

155. La probabilité est généralement entendue par la profitabilité³⁶⁶. C'est dans ce sens que la Commission européenne juge de la vraisemblance de l'entrée³⁶⁷. En effet, la Commission analyse la probabilité d'entrée en examinant un faisceau d'indices qui comprend non seulement des conséquences d'une entrée sur les prix pratiqués sur le marché en cause mais également des réactions des entreprises en place suite à ladite entrée. Les Lignes directrices énumèrent un bon nombre de ces facteurs selon lesquels la Commission prend en considération le montant des coûts irrécouvrables³⁶⁸, les avantages juridiques et techniques dont bénéficient les entreprises en place³⁶⁹, l'importance des économies d'échelle que celles-ci peuvent réaliser, les réseaux de distribution et de vente³⁷⁰ dont elles jouissent, la fidélité de la clientèle à leurs produits et l'étroitesse des relations avec les clients³⁷¹ qu'elles ont réussi à établir ou encore les perspectives économiques du secteur à long terme. Ce sont les obstacles que les entrants potentiels peuvent se

³⁶⁶ P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP & J. L. SOLOW, *Antitrust Law*, New York, Wolters Kluwer, vol. IIB, ¶400-575, 4^e éd., 2014, ¶422a.

³⁶⁷ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 69.

³⁶⁸ Décisions de la Commission du 19 juillet 1991, IV/M.68, *Tetra Pak/Alfa-Laval*, JOCE L 290 du 22 oct. 1991, para. 4 ; du 30 juillet 1997, IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, JOCE L 336 du 8 déc. 1997, para. 49 ; du 21 jan. 2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun Microsystems*, JOUE C 91 du 9 avril 2010, paras. 136-138 ; du 28 mars 2011, COMP/M.5984, *Intel/McAfee*, JOUE C 98 du 30 mars 2011, paras. 91-97 ; du 1 fév. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, para. 592.

³⁶⁹ Décision de la Commission du 14 novembre 2006, COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*, JOUE L 88 du 29 mars 2007, paras. 208-270, 516-604 et 908-918.

³⁷⁰ Décisions de la Commission du 14 mars 2000, COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, JOCE L 143 du 29 mai 2001, paras. 134-135, 197-199 et 303-304 ; du 4 juillet 2012, COMP/M.6503, *La Poste/Swiss Post/JV*, JOUE C 94 du 3 avril 2013, para. 39.

³⁷¹ Décisions de la Commission du 11 sept. 1997, IV/M.833, *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, JOCE L 145 du 15 mai 1998, para. 72 ; du 18 avril 2012, COMP/M.6266, *Johnson & Johnson/Synthes*, JOUE C 206 du 20 juillet 2013, paras. 172-185 ; du 3 avril 2001, COMP/M.2139, *Bombardier/ADtranz*, JOCE L 69 du 12 mars 2002, para. 82.

heurter à l'entrée. Si ces obstacles sont suffisamment élevés pour rendre l'entrée non profitable, l'entrée n'aura pas lieu.

156. L'entrée des concurrents particulièrement probable est celle des fournisseurs présents sur d'autres marchés possédant déjà des installations de production qui peuvent être utilisées sur le marché en cause³⁷². Ces entreprises peuvent en effet réduire leurs coûts irrécupérables associés à l'entrée sur le marché en utilisant les technologies similaires pour fabriquer des produits similaires ou des produits substituables aux produits en cause. Déterminer quels produits qui sont suffisamment substituables nécessite que le marché pertinent soit préalablement délimité. En effet, il faut chercher en analysant la probabilité de l'entrée la ou les causes qui ont décidé des entreprises à entrer ou à renoncer à entrer. Pour répondre à cette question, doit se réaliser une enquête pointilleuse sur les caractéristiques du marché en cause qui devrait permettre de connaître la structure du marché, la situation concurrentielle présente sur le marché et le comportement stratégique des entreprises en place ainsi que leur réaction éventuelle en réponse à une entrée. La délimitation du marché pertinent fournit un cadre dans lequel ces caractéristiques sont identifiées et la probabilité de l'entrée est ainsi appréciée.

157. L'entrée est aussi très probable si l'entreprise entrante fabrique un produit complémentaire au produit en cause. Prenons l'exemple des marchés de caméra et de films. Lorsque les fabricants des films augmentent le prix de leur produit à un niveau supérieur au niveau concurrentiel, cela rend les prix des films et de caméra plus chers, ce qui entraîne par conséquent la réduction de la demande des deux produits et ainsi celle des profits des fabricants de caméra et éventuellement la baisse des profits des fabricants des films. En réponse à une telle augmentation du prix des films, il est plus probable pour les fabricants de caméra que d'autres d'entrer sur le marché des films car ce sont probablement ceux-ci qui connaissent le mieux comment fabriquer un film adapté aux caméras et comment tirer également profits de ce marché des films. La délimitation du marché permet d'identifier les entreprises étant postulantes particulièrement potentielles auxquelles une attention particulière devra être accordée par les autorités de concurrence lors de l'analyse de la probabilité d'une entrée.

158. Une fois que la probabilité d'entrée a été établie, il faut encore que l'entrée soit réalisée en temps utile pour pouvoir dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Nous

³⁷² Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 73.

verrons ci-après que la délimitation du marché pertinent fournit aussi un cadre analytique pour apprécier si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable.

b. La rapidité

159. Une entrée ne peut constituer une réelle contrainte concurrentielle que si elle se réalise rapidement et a un effet durable. Bien qu'aucune durée ne soit fixée, la Commission européenne considère que l'entrée n'intervient en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans³⁷³. Cependant, il est à noter également que les Lignes directrices indiquent que le moment précis auquel l'entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. En effet, l'état du marché en cause joue souvent un rôle central car il renseigne des conditions et des compétences qu'un entrant potentiel devrait acquérir ainsi que le temps nécessaire pour que leur entrée soit effective. Dans l'affaire *De Havilland*³⁷⁴, le marché en cause de l'opération envisagée était le marché mondial, à l'exclusion de la Chine et de l'Europe de l'Est, des avions de transport régional à turbopropulseurs. Ce marché qui était estimé par la Commission très différent de celui des années 1980³⁷⁵ est caractérisé par les avions basés sur une technologie moderne qui répond aux exigences les plus strictes de la clientèle, de gros investissements et de plusieurs opérations à effectuer. Il est estimé être déjà arrivé à maturité car la Commission estimait, en se basant sur les chiffres des parties, que la forte demande s'est maintenue à son niveau actuel seulement jusqu'au milieu des années 1990, pour décliner et se stabiliser ensuite³⁷⁶. Alors un nouveau constructeur n'aurait plus de possibilité de profiter de la période prévue de la demande forte que s'il réussissait à entrer dans un délai relativement court³⁷⁷. Or, pour un concurrent potentiel qui tente d'entrer sur le marché, il lui faut tout d'abord approximativement deux à trois années d'étude du marché pour déterminer quel est l'avion qui répond aux besoins prévus du marché³⁷⁸. Ensuite, il lui faut encore au moins six à sept années pour la construction d'une usine, l'obtention de

³⁷³ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 74. Les *Horizontal Merger Guidelines* américaines de 2010 adoptent une même approche.

³⁷⁴ Décision de la Commission du 2 oct. 1991, IV/M.053, *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland*, JOCE L 334 du 5 déc.1991.

³⁷⁵ *Id.*, para. 63.

³⁷⁶ *Id.*, para. 54.

³⁷⁷ Avant d'adopter les Lignes directrices sur les concentrations horizontales de 2004, la Commission a considéré un délai de deux à trois ans comme étant opportun pour une entrée potentielle.

³⁷⁸ Décision de la Commission du 2 oct. 1991, IV/M.053, *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland*, JOCE L 334 du 5 déc.1991, para. 55.

l'autorisation d'exploitation d'une source, de l'établissement d'un réseau de distribution et de la création d'une nouvelle marque. Pour ces raisons, la Commission considère que l'entrée d'un nouveau constructeur serait trop tardive pour pouvoir dissuader l'exercice du pouvoir de marché des parties fusionnantes.

160. Dans la décision de la Commission du 23 novembre 2011 dans l'affaire *Western Ireland/Viviti Technologies*³⁷⁹, bien que Toshiba puisse modifier sa production actuelle des lecteurs de disques durs 3.5" d'entreprise de type « *business critical* » sur plateaux multiples en production de ces lecteurs sur un seul plateau pour les ordinateurs de bureaux (*desktops*) et que la durée estimée pour une telle modification soit de plus d'un an mais inférieure à deux ans et demi, la Commission européenne a déclaré qu'en raison de caractères spécifiques du marché, une telle durée n'était pas considérée comme étant suffisamment rapide pour que Toshiba puisse exercer une pression concurrentielle sur les parties fusionnantes. Les marchés des lecteurs de disques durs se caractérisent en effet par de courts cycles de vie des produits d'un à deux ans³⁸⁰. La Commission a ainsi conclu que malgré l'entrée dans le délai réglementé, Toshiba ne pourrait pas dissuader le pouvoir de marché accru que détiendra la nouvelle entité à l'issue de la concentration.

161. Ces deux exemples montrent bien que la délimitation du marché pertinent joue un rôle majeur, sinon décisif, dans la détermination du temps utile auquel une entrée doit intervenir pour être considérée comme une contrainte réelle qui peut empêcher les entreprises en cause de faire usage de leur puissance sur le marché.

162. Le troisième et dernier élément pris en considération par la Commission dans l'évaluation d'une entrée est l'ampleur de son impact sur les éventuels effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration. La délimitation du marché pertinent joue un rôle particulier dans cette analyse.

c. La suffisance

163. Pour que l'entrée puisse dissuader ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration, elle doit être d'une certaine ampleur. Il s'agit de la troisième étape

³⁷⁹ Décision de la Commission du 23 nov. 2011, COMP/M.6203, *Western Digital Ireland/Viviti Technologies*, JOUE C 241 du 22 août 2013.

³⁸⁰ *Id.*, para. 666.

de l'analyse des barrières à l'entrée dans le cadre du droit communautaire. La Commission européenne a mis l'accent sur l'importance de cet élément dans la concentration de *Skanska/Scancem* en déclarant que « *la question n'est pas seulement de savoir, en l'espèce, s'il est possible d'entrer sur le marché, mais aussi l'implantation peut avoir lieu à un niveau susceptible d'empêcher Skanska d'agir, en grande partie, indépendamment de ses concurrents à la suite de la concentration*³⁸¹ ». Une entrée est considérée comme suffisante si l'entrant est capable de produire et d'offrir sur le marché un volume de produits suffisant pour maintenir le même niveau de prix que celui pratiqué avant l'opération. Ce volume de produits est l'écart même entre le niveau de la production concurrentiel et le niveau de la production de la nouvelle entité issue de l'opération³⁸² qui doit être comblé par l'entrant³⁸³. Ce faisant, il est nécessaire que l'entrant produise les produits qui sont suffisamment substituables à ceux de l'entité en cause. Déterminer la proximité des produits est la délimitation du marché pertinent même.

164. Conclusion du B. Les analyses qui précèdent montrent qu'une bonne analyse de l'accès au marché nécessite la délimitation du marché en cause qui dans ces analyses consiste à identifier l'aire de concurrence où doit être appréciée l'existence des barrières à l'entrée et à constituer l'outil pour l'évaluation de l'entrée.

165. Conclusion du §2. À l'origine concept purement économique, les barrières à l'entrée sont devenues un facteur essentiel pour l'analyse des problèmes de concurrence et constituent une partie qui peut être extrêmement importante de la procédure d'évaluation en Europe. Bien que le débat de la définition du concept se poursuive et qu'il ne soit pas encore tranché, l'importance de sa fonction dans la détermination de l'effectivité de l'exercice d'un pouvoir de marché ne fait pas de doute. L'absence des barrières à l'entrée au marché met en échec toute tentative pour augmenter les prix et empêche ainsi l'entreprise en cause d'exercer un pouvoir de marché. La simple existence des barrières à l'entrée ne suffit cependant pas pour que soient présumées les contraintes concurrentielles qui vont peser sur cette dernière. Il faut aussi qu'une

³⁸¹ Décision de la Commission du 11 nov.1998, IV/M.1157, *Skanska/Scancem*, JOCE L 183 du 16 juillet 1999, para. 184.

³⁸² P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP & J. L. SOLOW, *Antitrust Law, op. cit.*, para. 422c.

³⁸³ Il est à noter que la suffisance de l'entrée n'est pas fondée sur le nombre d'entrants mais sur l'ampleur de l'entrée qu'elle soit individuelle ou multiple. Reprenons l'exemple de Areeda, Hovenkamp et Solow, *ibid.*: « *with competitive output of 100 and current monopoly output of 70, for example, competitive output would be achieved by a single firm producing 30 units, by three firms producing 10 each, or by 30 firms producing one each, entry by only one firm producing ten units would improve the situation but would not bring market output to the competitive level* ».

entrée ait des chances de se produire, à court terme, et surtout qu'elle soit suffisamment importante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels d'une transaction ou d'un comportement sur le marché. Une délimitation correcte du marché est essentielle, tant pour déterminer s'il existe des barrières à l'entrée car elle délimite l'aire de concurrence dans laquelle l'appréciation doit être menée, que pour évaluer des conditions d'entrée sur le marché car cette évaluation nécessite une analyse détaillée des caractéristiques et de la structure du marché.

166. Conclusion de la Section 1. L'ensemble de ces développements conduit à un constat très important qui est que la nécessité de la délimitation du marché dépasse l'acceptation traditionnelle, estimant que la délimitation du marché ne sert qu'à calculer la part de marché, pour constituer un outil indispensable dans l'analyse des barrières à l'entrée. Le fait que le calcul des parts de marché exige la délimitation du marché pertinent est indiscutable. Les critiques dont la plupart provient des économistes consistent au critère lui-même n'étant pas qualifié de fiable et suffisant du pouvoir de marché. Cela peut s'expliquer par le fait que les autorités de concurrence accordent une importance considérable au facteur de niveau de part de marché sans accorder une importance suffisante aux facteurs de durabilité de la détention des parts de marché et de son évolution. Nous avons vu que la part de marché, une fois analysée dans sa globalité, peut appuyer la conclusion tenant à l'exercice d'un pouvoir de marché. Elle demeure, bel et bien, un premier indice et indice majeur dans l'examen d'un tel exercice. Elle n'est cependant pas le seul indice et pour renforcer la présomption d'un pouvoir de marché qui en ressort, les autorités de concurrence ont recours à l'analyse des barrières à l'entrée dont le rôle essentiel pour l'analyse du pouvoir de marché est reconnu par les économistes. Sans exigence explicite de la délimitation du marché comme pour le calcul des parts de marché, la détermination des situations où l'analyse d'entrée est nécessaire et la mise en œuvre de la méthodologie retenue par les autorités européennes de la concurrence afin d'analyser les conditions d'accès au marché nécessitent pourtant un examen de la structure et des caractéristiques du marché et supposent la délimitation du marché même. Ainsi, la délimitation du marché pertinent est essentielle tant pour la détermination de l'existence, de la naissance et du renforcement du pouvoir de marché que pour l'appréciation de l'effectivité de ce pouvoir. Tout cela conduit à conforter son rôle instrumental pour l'évaluation du pouvoir de marché et remet en cause tout à fait les critiques de son exigence pour cette évaluation.

167. Transition. Le rôle instrumental de la délimitation du marché ne se limite pas à l'évaluation du pouvoir de marché. Une fois l'exercice d'un pouvoir de marché présumé, les autorités de concurrence procèdent à un examen approfondi en analysant les effets d'une transaction ou d'un comportement sur la concurrence. Pour cette analyse, la délimitation du marché pertinent constitue un instrument permettant d'évaluer des effets anticoncurrentiels.

Section 2. Le moyen d'évaluation des effets anticoncurrentiels.

168. Une concentration horizontale fait disparaître un concurrent du marché, modifie de manière immédiate la structure de la concurrence et ainsi celle du marché. Ce changement de la structure du marché peut générer deux types de conséquences qui peuvent entraver le rôle de la concurrence, moteur essentiel du progrès économique. Tout d'abord, une concentration des deux entreprises actives sur un même marché va éliminer la contrainte concurrentielle entre elles, accroître le pouvoir de marché des parties et incite par conséquent la nouvelle entité issue de l'opération à fixer les prix à un niveau supérieur à celui qui prévalait avant la réalisation de l'opération. Une telle concentration peut offrir aux entreprises concernées la possibilité d'augmenter les prix de façon profitable sans tenir compte de la réaction des concurrents et des consommateurs. L'effet de l'opération sur la concurrence est unilatéral. D'autre part, la modification de la structure du marché peut faciliter la formation d'une collusion tacite, notamment sur un marché oligopolistique. On parle alors d'une dominance collective ou d'effet coordonné. Les deux effets qui sont distincts provoquent la même interrogation, celle de savoir si l'entité issue de l'opération est en mesure d'affecter la concurrence effective en tirant profit, *inter alia*, d'une augmentation de ses prix unilatéralement ou collectivement avec ses concurrents. L'analyse de ces deux types d'effets exige de considérer le changement global de la structure du marché. Pour cela, il est nécessaire de prendre en compte un faisceau d'indices. L'analyse tant des effets unilatéraux (§1) que des effets coordonnés (§2), bien qu'elle exige des critères différents, fait appel aux mêmes notions que l'exercice de la délimitation du marché pertinent.

§1. L'évaluation des effets unilatéraux

169. Il est nécessaire tout d'abord de noter que la théorie des effets unilatéraux s'inscrit dans un modèle de concurrence précis, celui des oligopoles³⁸⁴. Dans ce cas de figure, chaque entreprise doit tenir compte du comportement de ses rivaux pour déterminer la politique de prix et de production la plus rentable pour elle. L'impact final d'une fusion sur les prix dépendra par conséquent de la réaction des entreprises présentes sur le marché en cause à une augmentation des prix ou une réduction de la production de l'entité fusionnée. L'analyse si une concentration horizontale donne lieu à des effets unilatéraux revient alors à évaluer d'une part l'ampleur de la pression concurrentielle exercée par chacune des parties à la concentration sur l'autre, et d'autre part si la pression concurrentielle émanant des entreprises étrangères suffira à limiter le pouvoir de marché de l'entité issue de l'opération. Les Lignes directrices sur les concentrations horizontales de 2004 détaillent des critères pris en compte par la Commission dans son analyse dont le premier est la détention de parts de marché importantes par les parties concernées. Il s'agit, comme la délimitation du marché pertinent, de l'approche standard adoptée par la Commission (A). Pourtant, les seuils de parts de marché ne peuvent pas à eux seuls permettre d'aboutir à la conclusion que l'opération est susceptible de conduire à un risque d'effets unilatéraux. La contrainte concurrentielle que les parties à la concentration exercent l'une sur l'autre ainsi que celle exercée par leurs concurrents dépend essentiellement de la proximité entre les produits (B). Les méthodes utilisées pour évaluer les effets unilatéraux sont souvent des méthodes quantitatives dont la mise en œuvre exige des données qui ne peuvent être obtenues une fois que le marché en cause est délimité (C).

A. L'approche standard dans l'analyse des effets unilatéraux : la part de marché

170. La part de marché est le premier élément que la Commission examine lors de leur analyse des effets unilatéraux. Cette approche confirme encore une fois le rôle essentiel de la délimitation du marché pertinent et son ancrage dans le droit de la concurrence de l'Union Européenne. Selon les Lignes directrices sur les concentrations horizontales, « *plus sa part de marché est élevée, plus une entreprise a de chances de posséder un pouvoir de marché. Plus l'addition des parts de marché est importante, plus les risques que l'opération entraîne une*

³⁸⁴ P. PICARD, *Éléments de microéconomie : Théorie et applications*, Tome 1, Montchrestien, 5^e éd., 1998, p. 419.

*augmentation significative du pouvoir de marché sont élevés. Plus est importante l'augmentation de la clientèle sur laquelle sera dégagée une plus grande marge bénéficiaire après une augmentation des prix, plus il est probable que les parties à l'opération trouveront une telle augmentation des prix profitable, même si elle s'accompagne d'une réduction de la production*³⁸⁵ ». En effet, le niveau de part de marché peut fournir un indice sur le niveau de la pression concurrentielle que chaque partie fusionnante exerce tant sur l'autre partie que sur les concurrents. La Commission a estimé dans la concentration de *Volvo/Scania* que les parts de marché cumulées des parties concernées étaient très élevées sur chacun des marchés en cause (90% environ sur le marché suédois des poids lourds ainsi que sur le marché finlandais et irlandais des autobus urbains, et 50% environ sur le marché britannique des autocars et sur le marché irlandais des poids lourds). De plus, le parallélisme du niveau et de l'évolution des parts de marché des parties en cause dans les différents pays européens faisait apparaître clairement leurs positions intrinsèquement parallèles dans toute l'Europe et que les produits de chacune d'entre elles constituaient les substituts les plus proches de ceux de l'autre. L'une était ainsi qualifiée du concurrent le plus direct de l'autre³⁸⁶. Par conséquent, il était très probable que la concentration donne lieu à des effets unilatéraux.

171. Il convient cependant de noter que même les parts de marché cumulées des parties concernées sont élevées, l'asymétrie des parts de marché détenues par chaque partie engendre des effets unilatéraux à des niveaux différents. Les conditions concurrentielles post-concentration seront ainsi affectées également à des niveaux différents. En effet, le niveau de parts de marché détenues par les parties reflète plus ou moins le degré de proximité entre leurs produits. Plus leurs parts de marché sont symétriques, plus leurs produits sont proches et plus elles sont concurrentes proches l'une de l'autre.

172. Prenons l'exemple d'une fusion dont chacune détient une part de marché de 25% et d'une autre fusion dont une partie détient 45% et l'autre 5%. Bien que les parts de marché cumulées post-fusion dans les deux cas soient de 50% – seuil pris par les autorités européennes de la concurrence comme preuve de l'existence d'une position dominante, le profit obtenu d'une augmentation des prix dans ce dernier cas n'est que marginal car l'addition des parts de marché

³⁸⁵ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 27.

³⁸⁶ Décision de la Commission du 14 mars 2000, COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, JOCE L 143 du 29 mai 2001, paras. 80-82, 97, 107, 148, 188, 279, 289, 308. V. également décision de la Commission du 27 juin 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, JOUE C 47 du 20 fév. 2008, paras. 353-431 et 432-490.

est seulement de 3%. En revanche, lorsque cette addition est de 25% – égale aux parts de marché détenues par l'autre partie, le profit que l'entité issue de l'opération peut tirer dans ce premier cas, suite à l'augmentation de leurs prix, sera significatif. Par conséquent, cette fusion risque de donner lieu à des effets unilatéraux.

173. Conclusion du A et transition. La part de marché peut permettre de filtrer les cas où il y a un risque d'effet unilatéral. Toutefois, la présomption d'éventuels effets unilatéraux dépend non seulement du critère de part de marché mais aussi d'autres facteurs dont particulièrement la proximité des produits. Dans un certain nombre d'affaires, la Commission a jugé que la concentration, malgré une part de marché élevée post-concentration, n'entravait pas de manière significative la concurrence effective au vu de l'absence de proximité entre les produits des deux parties fusionnantes³⁸⁷. L'évaluation de la proximité entre les produits des entreprises revient à recourir à la délimitation du marché pertinent.

B. La proximité des produits comme paramètre principal dans l'analyse des effets unilatéraux

174. Il convient tout d'abord de noter que le risque d'effets unilatéraux paraît moins évident sur les marchés de produits homogènes que sur les marchés de produits différenciés. Cela s'explique par le fait que sur ces derniers marchés, certains produits sont de plus proches substituts que d'autres. Il est alors nécessaire de déterminer les produits qui sont des substituts suffisamment proches pour évaluer la pression concurrentielle qu'ils exercent l'un sur l'autre (2). En revanche, les produits des entreprises présentes sur un marché de produits homogènes sont des substituts presque parfaits³⁸⁸ les uns pour les autres et obligeant ainsi l'entité fusionnée à faire face aux contraintes concurrentielles exercées par l'ensemble de ses concurrents présents sur le marché. Sur ce marché des produits homogènes, une entreprise détenant même une faible part de marché peut exercer une pression concurrentielle significative sur l'entité fusionnée. Il existe cependant deux hypothèses dans lesquelles le risque d'effets unilatéraux à l'issue de l'opération sur ce type de marché est réel (1).

³⁸⁷ Décisions de la Commission du 1^{er} sept. 2000, COMP/M.1980, *Volvo/Renault VI*, JOCE C 301 du 21 oct. 2000, paras. 31-34, spéc. para. 34 ; du 2 mars 2001, COMP/M.2256, *Philips/Agilent Health Care Solutions*, JOCE C 292 du 18 oct. 2001, paras. 33-35.

³⁸⁸ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, préc., p. 379.

1. La proximité des produits sur les marchés de produits homogènes.

175. Sur les marchés de produits homogènes, le risque d'effets unilatéraux est réel lors que les entreprises qui vendent des même produits se localisent différemment (a) ou lorsqu'ils se concurrencent par les quantités (b).

a. La proximité des produits dans la concurrence spatiale

176. Pour les consommateurs, la proximité de l'offre par rapport au lieu de leur localisation constitue un élément important dans la détermination de leur choix. En effet, les consommateurs préfèrent généralement utiliser les produits, à des conditions identiques, qui sont vendus à proximité de chez eux plutôt que d'avoir à se déplacer pour trouver les mêmes produits. Ainsi, lorsque les produits sont homogènes, les coûts de changement ne sont pas liés aux caractéristiques des produits mais plutôt à leur localisation. Si l'entreprise auprès de laquelle les consommateurs s'approvisionnent (la plus proche) augmente leur prix, ils pourraient se diriger vers l'entreprise qui est géographiquement leur seconde plus proche. Lorsque ces deux entreprises fusionnent, l'opération pourrait leur donner le pouvoir d'augmenter les prix sans subir une importante perte, même si leur part de marché cumulée est faible. Tel est le cas si les prix moins élevés exercés par les concurrents, à l'issue de l'opération, ne sont pas suffisants pour compenser le coût de transport que les consommateurs doivent payer pour en bénéficier³⁸⁹. Il convient de noter que le coût de transport est croissant avec la distance qui sépare le consommateur et le point de vente, et s'y ajoute le temps de trajet. Ainsi, au lieu de se reporter vers le produit de mêmes caractéristiques et conditions d'usage vendu moins cher mais situé plus loin, les consommateurs s'adressent à l'autre partie à l'opération qui est la plus proche de chez eux qu'aux entreprises concurrentes. Les pertes de ventes restent donc en majorité dans le groupe et l'augmentation des prix est rentable. Par conséquent, il est nécessaire, pour évaluer si une concentration sur un marché de produits homogènes donne lieu à des effets unilatéraux, d'apprécier la proximité géographique des produits. Cette appréciation est la délimitation du marché géographique en cause même.

³⁸⁹ L'économiste Harold HOTELLING a appelé ce phénomène la différenciation spatiale des produits, v. *infra*, n° 345.

b. La proximité des produits dans un modèle de Cournot

177. Les quantités sont des substituts stratégiques³⁹⁰. Les entreprises sur un marché décideront leur production à un niveau qui leur permet de maximiser leur profit. Lorsqu'une fusion se réalise sur le marché, la concurrence entre les entreprises fusionnantes sera éliminée, la nouvelle entité pourrait et serait en mesure de créer une pénurie artificielle des produits post-fusion en réduisant leur volume de production pour augmenter ultérieurement les prix et en tirer profit. Afin de préserver leur profit, les entreprises étrangères à la fusion réagiront à cette réduction de production des entreprises parties à la fusion en augmentant leur propre production mais dans une proportion moindre³⁹¹. Cette augmentation va compenser partiellement la disparition sur le marché d'une partie de production réalisée par les parties à la fusion, permettant ainsi de limiter l'augmentation des prix de la nouvelle entité. Cependant, si les entreprises non parties à la fusion font face à des contraintes de capacité, elles ne pourront pas augmenter leur production. En conséquence, les demandes de clients qui se tournent vers elles ne seront pas satisfaites, le risque des effets unilatéraux est alors très probable.

178. Ce risque des effets unilatéraux sur les marchés de produits homogènes où la concurrence s'exerce sur les capacités dépend notamment de deux facteurs: (i) l'intensité de la réaction consécutive des entreprises non parties à la fusion à la réduction de production des parties fusionnantes, et (ii) la capacité combinée des entreprises concurrentes de compenser la diminution de production. En effet, plus l'augmentation de production de la part des entreprises non parties à la fusion est importante, plus l'augmentation du prix de la nouvelle entité est limitée³⁹². Pour apprécier ces facteurs, il est nécessaire de répondre à deux questions : 1) quelles sont les concurrents qui n'ont pas de contraintes de capacité ? et 2) quelle est leur capacité excédentaire de production ? Reprenons l'exemple de l'affaire *Bertelsmann/Springer/JV*³⁹³.

³⁹⁰ J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MIT Press, 1^{re} éd., 1988, p. 336 ; M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT & J. TIROLE, « The Economics of Unilateral Effects », Document de travail de l'IDEI Toulouse, n° 222, « *Rapport pour la DG de la concurrence de la Commission européenne* », mars 2003, p. 48, disponible sur le site http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/wp/2003/economics_unilaterals.pdf (consulté le 15 décembre 2014).

³⁹¹ S. W. SALANT, S. SWIZER & R. J. REYNOLDS, « Losses from Horizontal Mergers: The Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, n° 2, May 1983, p. 185-199.

³⁹² J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis », *Am. Eco.c Rev.*, vol. 80, n° 1, March 1990, p. 107-126.

³⁹³ Décision de la Commission du 3 mai 2005, COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, JOUE L 61 du 2 mars 2006.

L'opération concernait la création d'une joint-venture entre les entreprises allemandes Bertelsmann et Springer actives sur le marché allemand de l'impression et de l'édition de journaux et de magazines. La Commission avait retenu quatre marchés comme marchés de produits concernés³⁹⁴ parmi lesquels elle craignait que l'opération produise des effets unilatéraux sur le marché allemand de l'impression de magazine en héliogravure. La part de marché cumulée des entreprises fusionnantes sur ce marché atteignant 45-50% alors que celle détenue par leurs deux plus grands concurrents, Schlott et TSB, n'est que 20-25% chacune. Toutefois, l'enquête approfondie de la Commission dans la Phase II a montré que les concurrents de l'entité fusionnée, Schlott, TSB et Burda, pourraient facilement libérer une part de leur capacité pour imprimer des magazines du fait qu'ils utilisent au maximum jusqu'à 95% de leur capacité par an pour leurs activités traditionnelles (l'impression de catalogues et d'imprimés publicitaires). Ainsi, la Commission estimait que même si en se basant sur une utilisation maximale des capacités de 95%, la capacité de réserve des concurrents allemands pour l'impression des magazines était importante³⁹⁵. Cela créerait une source supplémentaire d'approvisionnement sur le marché en cas d'une diminution de production de la nouvelle entité. En outre, les entreprises concurrentes seraient incitées d'accroître leur production en réponse à une telle réduction car la marge bénéficiaire de l'impression des magazines est plus élevée que celle des imprimés publicitaires. La Commission est alors parvenue à la conclusion qu'il était improbable que l'augmentation unilatérale des prix soit profitable aux parties à l'opération.

179. Dans une décision précédente concernant l'acquisition de *Lenzing AG*, un producteur de fibres artificielles, par *CVC Capital Partners Group Ltd*³⁹⁶, l'incapacité des concurrents de réagir efficacement à une éventuelle réduction de production de l'entité nouvelle constituait un facteur décisif dans la décision de la Commission d'interdire la réalisation de l'opération. En effet, *CVC* contrôle déjà *Acordis* – le principal concurrent de *Lenzing* en Europe et son unique concurrent aux États-Unis sur les marchés de production de fibres. L'opération aurait ainsi éliminé le plus important concurrent d'*Acordis* sur le marché de la viscosse – une des cinq marchés de produits

³⁹⁴ *Id.*, paras. 15-56. Les quatre marchés de produits définis par la Commission sont : 1) le marché de l'impression héliogravure de catalogues et prospectus à grand tirage (plus de 400 000/ 450 000 exemplaires et/ou plus de 64 pages) ; 2) le marché de l'impression offset de catalogues et prospectus à faible tirage ; 3) le marché de l'impression héliogravure de magazines à grand tirage (plus de 360 000 exemplaires identiques et plus de 32 pages par exemplaires) et ; 4) le marché de l'impression offset de magazines à faible tirage.

³⁹⁵ *Id.*, para. 120.

³⁹⁶ Décision de la Commission du 17 octobre 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, JOUE L 82 du 19 mars 2004.

en cause³⁹⁷ pris en considération dans l'examen de la Commission – dans l'Espace Économique Européen et n'aurait laissé en place que trois concurrents plus petits et moins performants. Avec une part de marché cumulée de plus de 55% sur le marché de la viscosse de qualité courante et de plus de 85% sur le marché de la viscosse colorée dans la masse et la viscosse pour tampons, l'entité nouvelle aurait été le *leader* mondial et le monopole mondial sur ces marchés respectifs³⁹⁸. Dans sa décision, la Commission a montré que dans le meilleur des cas, les possibilités dont disposent les concurrents pour accroître leurs capacités au cours des deux années suivantes étaient très limitées et ne leur permettraient pas de livrer une concurrence efficace pour conquérir des parts de marché. Alors, si la nouvelle entité diminue ses capacités de production, les concurrents obtiendront dans un premier temps de manière inattendue quelques parts de marché supplémentaires et soutiendront ensuite toute stratégie de prix élevés au lieu de la contester, se comportant ainsi en « preneurs de prix³⁹⁹ ». La nouvelle entité peut donc diminuer son volume de production pour augmenter par la suite le prix sans se confronter à des pressions concurrentielles de ses concurrents. La Commission a par conséquent interdit l'opération.

180. On constate que la question de la proximité des produits est un facteur clef afin de déterminer le risque d'effet unilatéral sur un marché de produits homogènes. Ce facteur vaut à plus forte raison dans le cas des marchés de produits différenciés.

2. La proximité de produits sur les marchés de produits différenciés.

181. Il convient de noter tout d'abord que la différenciation de produit est une question de degré⁴⁰⁰ et que la décision stratégique la plus importante pour les entreprises présentes sur un marché de produit différencié est celle relative à la fixation des prix plutôt qu'à la capacité de production. Sur les marchés de produits différenciés, les produits sont des substituts imparfaits. Ils n'exercent donc pas les mêmes contraintes concurrentielles les uns sur les autres. Par conséquent, une augmentation du prix d'un produit n'entraîne pas automatiquement la perte de l'ensemble des ventes. L'évaluation du risque d'effets unilatéraux revient donc à l'analyse de la perte de la quantité de la demande subie par celui qui augmente ses prix et de la distribution de

³⁹⁷ *Id.*, para. 124.

³⁹⁸ *Id.*, paras. 159-160.

³⁹⁹ *Id.*, paras. 170-172.

⁴⁰⁰ Pour les détails, v. *infra*, n°. 345 et s.

ces pertes sur l'autre entité fusionnée et les concurrents. La science économique nous renseigne que la profitabilité de l'augmentation unilatérale des prix par une des parties fusionnantes dépend de la proximité entre son produit et celui de l'autre, autrement dit, du degré de substituabilité entre leur produits⁴⁰¹. Il s'agit d'un concept majeur afin de juger de l'effet report des produits et ainsi d'apprécier le risque d'effets unilatéraux ainsi que leur ampleur sur le marché. Le recours à ce concept est clairement exprimé dans les Lignes directrices sur les concentrations horizontales⁴⁰².

182. Nous avons vu dans les analyses précédentes que l'appréciation de la proximité des produits est la délimitation du marché pertinent même. La proximité ou la substituabilité des produits est un concept auquel les autorités de concurrence ont recours dans toutes les étapes de leurs analyses concurrentielles, de l'évaluation du pouvoir de marché à celle des effets anticoncurrentiels. Cela démontre que la délimitation du marché pertinent n'est pas simplement une étape préalable de l'analyse d'un problème de concurrence d'une concentration mais elle fait partie intégrante de toute analyse de l'opération, que l'opération ait lieu sur un marché de produits homogènes ou sur un marché de produits différenciés. Les économistes font souvent valoir que la délimitation du marché est plus problématique sur les marchés de produits différenciés⁴⁰³. Cependant, l'analyse de la jurisprudence européenne et des décisions rendues par la Commission montre que ce qui est problématique consiste dans la difficulté de l'interprétation des parts de marché – vu que les produits sur ces marchés n'exercent pas les mêmes pressions concurrentielles les uns sur les autres – plutôt que dans l'exercice de la délimitation du marché. Afin de mesurer la proximité entre les produits, la Commission européenne effectue en premier lieu des analyses qualitatives avant de recourir à des méthodes quantitatives.

183. En effet, la proximité entre les produits peut être évaluée à partir des caractéristiques ou de la location géographique des produits. Dans la concentration *Novartis/Hexal*⁴⁰⁴, la Commission a considéré que l'opération envisagée soulevait des doutes sérieux d'effets unilatéraux et d'augmentation des prix post-fusion sur le marché allemand des anti-rhumatoïdes

⁴⁰¹ Pour les détails de la notion de substituabilité, v. *infra*, n° 696.

⁴⁰² Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 28.

⁴⁰³ V. *supra*, n° 342 et s.

⁴⁰⁴ Décision de la Commission du 27 mai 2005, COMP/M.3751, *Novartis/Hexal*, JOUE C 168 du 8 juillet 2005.

topiques OTC M2A, malgré une part de marché cumulée inférieure à 40%⁴⁰⁵. Elle a invoqué que les produits des marques leader de « Diclac » et « Voltaren » possédées respectivement par *Novartis* et *Hexal* sont des substituts proches car ils contenaient le même principe actif alors que les produits vendus par les concurrents en contenaient un autre⁴⁰⁶.

184. Il est particulièrement important de noter que bien que la part de marché soit qualifiée d'être un *proxy* peu fiable de la proximité des produits différenciés, celle-ci ne peut être dissociée entièrement de celle-là. Selon BISHOP et WALKER, évaluer si une fusion se traduira par une réduction de l'efficacité de la concurrence exige d'évaluer si les parts de marché fournissent un bon indicateur du degré de la contrainte concurrentielle pré-fusion ou si elles sous-estiment ou surestiment l'importance de celle-ci⁴⁰⁷. Les auteurs estiment que dans le cas où les parts de marché sous-estiment la contrainte concurrentielle, on peut très bien considérer les deux entreprises comme étant des concurrents proches.

185. La proximité des produits peut être également évaluée à l'aide des méthodes quantitatives. Trois approches sont retenues⁴⁰⁸ : (i) analyse de la structure de la demande ; (ii) calcul du ratio de diversion ; et (iii) analyse économétrique⁴⁰⁹. L'application précise de ces méthodes doit toutefois reposer sur les caractéristiques spécifiques du marché. En d'autres termes, la délimitation du marché pertinent est nécessaire pour la mise en œuvre des analyses quantitatives.

C. La nécessité de la délimitation du marché pertinent en vue de la mise en œuvre des analyses quantitatives

186. L'analyse de la structure de la demande est de révéler l'interrelation entre le volume des ventes et les prix pratiqués sur le marché en cause qui servira à l'évaluation de la proximité des produits et des effets unilatéraux d'une opération de concentration. Il existe plusieurs modèles d'analyse dépendant des systèmes de la demande présumés à savoir l'*Antitrust Logit Model*

⁴⁰⁵ La part de marché combinée des parties concernées en 2004 était de 35-40% dont la part de marché détenue par *Novartis* était de 35-40% et celle détenue par *Hexal* de 0-5%.

⁴⁰⁶ Décision de la Commission du 27 mai 2005, COMP/M.3751, *Novartis/Hexal*, *op. cit.*, p. 10-11.

⁴⁰⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 376

⁴⁰⁹ *Id.*, note 105, p. 378 : L'analyse économétrique qui s'entend ici ne correspond pas aux modèles de simulations dans les deux autres approches d'analyse. La différence consiste au fait que dans ces derniers cas, un modèle particulier de concurrence est imposé aux données.

(ALM)⁴¹⁰, le *Proportionally Calibrated Almost Ideal Demand System* (PCAIDS)⁴¹¹, l'analyse de la demande résiduelle⁴¹². L'application de chacun de ces modèles doit être calibrée en fonction des données dont la disponibilité dépend en réalité des caractéristiques du marché. Par conséquent, la délimitation du marché permet d'indiquer quel type d'information les autorités de la concurrence peuvent réunir pour ensuite choisir les outils ou les méthodes les plus adaptés.

187. Par ailleurs, les modèles ALM et PCAIDS partent du principe que les ratios de diversion sont proportionnels aux parts de marché. Sans parler d'autres données requises pour calibrer les modèles, les informations sur les parts de marché ne sont obtenues qu'une fois le marché délimité.

188. Conclusion du §1. Les développements qui précèdent ont montré à quel point la délimitation du marché est importante dans l'analyse des effets unilatéraux d'une opération de concentration horizontale. Alors que la part de marché demeure l'approche standard, la proximité des produits est un facteur clé et ces deux éléments constituent la pierre angulaire de déterminer si une concentration donne à l'entité nouvelle la possibilité d'augmenter ses prix. Dans les marchés de produits différenciés, la difficulté dans l'interprétation des parts de marché fait de la proximité des produits le facteur primordial. Or, l'appréciation de la proximité des produits est de déterminer si les produits sont substituables, ce que fait exactement la délimitation du marché pertinent. Par ailleurs, cet exercice complète les différentes méthodes quantitatives employées pour apprécier la proximité des produits en indiquant la ou les méthodes les plus adaptées et en fournissant, pour certaines, des données nécessaires pour leur mise en œuvre.

189. Transition. Une concentration horizontale peut créer des conditions qui permettent à l'entité nouvelle issue de l'opération d'adopter à titre unilatéral un comportement anticoncurrentiel mais elle peut également permettre à un tel comportement d'être exercé

⁴¹⁰ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy », *Journal of Law, Economics and Organization*, 1994a, p. 10. V. également G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries », in M. B. COATE & A. N. KLEIT (dir.), *The Economics of the Antitrust Process*, Boston, Dordrecht, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1996.

⁴¹¹ J. HAUSMAN, G. LEONARD & J. ZONA, « Competition Analysis with Differentiated Products », *Annales d'Économie et de Statistique*, vol. 34, 1994, p. 159-180; J. HAUSMAN, G. LEONARD & J. ZONA, « A Proposed Method for Analyzing Competition Among Differentiated Products », *Antitrust Law Journal*, vol. 60, 1992, p. 889-900.

⁴¹² J. B. BAKER & T. F. BRESNAHAN, « Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, 1992, p. 9-13.

collectivement, dans le cadre d'une interaction coordonnée entre l'entité nouvelle et ses concurrents. L'examen des effets coordonnés découlant d'une concentration conduit à prêter attention à un grand nombre de critères destinés à identifier les conditions et caractéristiques, le plus souvent structurelles, du marché propices à la coordination. Cet examen utilise la délimitation du marché afin d'évaluer de telles conditions.

§2. L'évaluation des effets coordonnés.

190. La théorie des effets coordonnés ou de la dominance collective a été envisagée par la Commission européenne dès l'origine du contrôle européen des concentrations⁴¹³. Elle est définie comme un changement de la nature de la concurrence qui peut conduire les entreprises à s'engager à un comportement de coordination tacite ou qui leur permet de faciliter, de stabiliser ou de rendre plus efficace une coordination existant déjà avant l'opération⁴¹⁴. Depuis le célèbre arrêt *Airtours/First Choice*⁴¹⁵ par lequel le Tribunal a fortement critiqué la Commission européenne pour avoir échoué à démontrer que la fusion d'*Airtours* et de *First Choice* conduisait à la création d'une dominance collective entravant la concurrence effective sur le marché britannique des vacances à forfaits vers des destinations proches, un niveau de preuve élevé s'impose pour conclure au risque d'interaction coordonnée. Ainsi, la détermination si une opération de concentration est susceptible de donner lieu à des effets coordonnés exige que soit apprécié si les conditions du marché sont propices à la formation d'une collusion tacite, à sa durabilité et à sa stabilité. Pour cela, il est nécessaire que l'appréciation comprenne une évaluation de la vulnérabilité à la collusion (A) et celle de la structure conduisant à une telle interaction (B).

A. La délimitation du marché pour l'évaluation de la vulnérabilité à la coordination

191. La formation et le maintien d'une coordination tacite dépendent du degré de vulnérabilité du marché pour que les entreprises sachent comment la coordination fonctionne et connaissent l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres et ainsi qu'elles puissent détecter les éventuels comportements de tricherie. D'un point de vue économique, la

⁴¹³ Décisions de la Commission du 31 juill. 1991, IV/M.012, *Varta/Bosch*, JOCE L 320 du 22 nov. 1991 ; du 18 déc. 1991, IV/M.165, *Alcatel/AEG Kabel*, JOCE C 6 du 10 janv. 1992.

⁴¹⁴ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, préc., pt. 22 b.

⁴¹⁵ Arrêt du TPICE du 6 juin 2002, T-342/99, *Airtours c./Commission*, Rec. p. II-2585. V. également décision de la Commission du 22 septembre 1999, IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, JOCE L 93 du 13 avril 2000.

vulnérabilité du marché doit être appréciée en considérant trois aspects : la stabilité du marché (1) ; la transparence du marché (2) ; et la symétrie des entreprises sur le marché (3).

1. La stabilité du marché

192. La stabilité du marché est un facteur nécessaire et important qui permet la coordination de se maintenir dans la durée. En effet, le changement constant des conditions et de la taille du marché au fil du temps influence les ventes et les profits d'une entreprise. Il est donc difficile que les entreprises maintiennent la coordination d'une période à l'autre. En revanche, si le marché est suffisamment stable, les entreprises peuvent avoir les mêmes anticipations sur la demande et les coûts futurs leur permettant de se coordonner durablement.

193. D'un point de vue économique, la stabilité du marché est évaluée principalement à partir de deux facteurs : la demande et les prix, et l'élasticité de la demande⁴¹⁶. La collusion tacite est facile et sa durée de vie augmente lorsque la demande est stable ou croissante. En effet, si la demande est stable, les entreprises peuvent facilement converger vers un prix sans accord explicite. En outre, si elles voient leur demande baisser, elles sont en mesure d'identifier l'origine de la baisse de leurs profits qui vient d'un comportement de tricherie d'un ou de plusieurs membres de la collusion ou de la réduction globale de la demande sur le marché. Par ailleurs, un marché dont la demande est croissante ouvre aux entreprises les perspectives de profits élevés, ce qui les incite à se coordonner ou à continuer la collusion déjà en vigueur plutôt à la dévier (car le gain net d'une déviation serait plus faible que le coût des punitions qui est souvent très sévère en période de croissance). En revanche, si la demande est décroissante, la collusion est plus difficile à soutenir parce que le profit que les entreprises peuvent tirer du maintien de la collusion est faible, ce qui les encourage à adopter un comportement déviant. De même, lorsque la demande est volatile, le profit particulièrement élevé tiré de la déviation rend la collusion insoutenable. Dans l'arrêt *Airtours/First Choice*, le Tribunal de Première Instance a considéré que les représailles étaient limitées en raison de la saisonnalité de la demande⁴¹⁷.

194. Deuxièmement, pour que le marché soit suffisamment stable pour faire émerger une collusion, il est nécessaire que l'élasticité de la demande du marché soit faible. En effet, lorsque

⁴¹⁶ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 399.

⁴¹⁷ Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, T-342/99, *Airtours plc c./Commission*, *op. cit.*, paras. 183-207.

l'élasticité de la demande est forte, la réduction du prix permet à une entreprise d'augmenter sa demande et ainsi d'augmenter ses ventes. Il est donc plus profitable pour elle d'agir unilatéralement que de continuer la collusion. Si l'élasticité de la demande est faible, une telle réduction du prix ne permettra pas à une augmentation des ventes. L'entreprise sera alors incitée à adopter un comportement coopératif plutôt déviant.

195. Puisque la nature d'une collusion tacite est un accord non verbal, le risque qui en découle consiste à l'incitation des parties prenantes à la collusion à s'écarter des conditions de l'équilibre collusif déterminé afin d'augmenter leurs profits. La durée de vie d'une collusion dépend donc de la probabilité de détecter la déviation, autrement dit, il s'agit de savoir si les entreprises participantes sont en mesure de surveiller le comportement l'un de l'autre. Cela dépend de la transparence du marché.

2. La transparence du marché

196. La transparence du marché est une condition propice à la collusion et à son succès dans la mesure où les entreprises sont en mesure d'observer le comportement de chacun des autres membres de la collusion, de connaître l'évolution de leur comportement sur le marché et de détecter facilement les déviations.

197. La transparence nécessaire à la collusion tacite dépend du mécanisme ou de la forme de coordination et ne doit pas porter sur la totalité des données sur le marché. Une collusion de maintien des prix à un niveau supra concurrentiel nécessite la transparence sur le niveau des prix alors qu'une collusion sur la limitation de la production nécessite celle sur la capacité de production, ou bien une collusion sur la répartition du marché ne nécessite que la transparence sur la zone géographique et/ou l'identité des fournisseurs des différents clients. Plus le marché est transparent, plus il est facile pour les membres à la collusion de surveiller le comportement l'un de l'autre et donc plus il est facile de détecter les déviations.

198. Un marché transparent permet de faciliter la collusion et de s'assurer avec plus de certitude de son succès. Or, cela n'est le cas que si les produits concernés sont homogènes. Lorsque les produits sont différenciés, la collusion devient très complexe et il est peu probable qu'elle soit mise en œuvre ou soutenable même si le marché est suffisamment transparent. Dans le cas de différenciation verticale par exemple, la pratique d'un prix unique n'a pas de sens parce

qu'à prix identique, tous les consommateurs préfèrent un produit de qualité supérieure à un produit de qualité inférieure. Par conséquent, l'entreprise produisant le produit de meilleure qualité satisfait toute la demande sur le marché. Or, la définition d'une grille de prix est complexe et difficile en raison de conflit sur l'intérêt de chaque entreprise. Les entreprises, notamment celles de haute qualité, ne sont donc guère incitées à coopérer. Dans sa première décision dans l'affaire *Sony/BMG* concernant la création de Sony BMG – entreprise commune regroupant les activités de Sony et de Bertelsmann dans le domaine de la musique enregistrée, la Commission a considéré, après avoir mené des analyses détaillées en phase II, que le marché n'était pas suffisamment transparent pour faciliter une collusion et un mécanisme de représailles, notamment parce que les produits étaient très hétérogènes et les mécanismes de prix et de ristournes différents⁴¹⁸. En l'absence d'élément prouvant l'existence d'une position dominante collective, l'opération de concentration a été autorisée. Cet argument a été confirmé dans sa seconde décision dans la même affaire⁴¹⁹, après l'annulation de sa première décision par le Tribunal⁴²⁰.

199. Concernant le degré de transparence, les Lignes directrices sur les concentrations horizontales de la Commission indiquent que la transparence sur un marché est souvent d'autant plus grande que le nombre d'entreprises présentes sur ce marché est faible⁴²¹. Ainsi, le degré de concentration du marché affecte le degré de transparence. Sur un marché concentré avec un nombre limité d'entreprise, il est plus facile d'identifier la déviation parce qu'un tel comportement mise en œuvre par une grande entreprise serait susceptible d'affecter significativement les ventes du marché. La surveillance des comportements rivaux et la détection d'éventuelles déviations sont alors aisées. Cela permet également de réduire l'incitation, d'un ou de plusieurs membres à la collusion, à adopter un comportement de tricherie. Par ailleurs, un degré élevé de concentration facilite également la phase de formation de la collusion parce que la réduction du nombre d'entreprises présentes sur le marché rend la définition d'une ligne commune aisée. Il reste cependant à déterminer le seuil critique de concentration ou/et de nombre d'entreprises à partir duquel la formation et l'exécution de la collusion sont facilitées. À

⁴¹⁸ Décision de la Commission du 19 juillet 2004, COMP/M.3333, *Sony/BMG*, JOUE L 62 du 9 mars 2005, paras. 110-118.

⁴¹⁹ Décision de la Commission du 3 oct. 2007, COMP/M.3333, *Sony/BMG*, JOUE C 94 du 16 avril 2008.

⁴²⁰ Arrêt du TPICE du 13 juillet 2006, *Impala c./Commission*, T-464/04, *Rec.* p. II-2289, annulé par l'arrêt de la CJCE du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony c./Impala*, C-413/06P, *Rec.* p. I-4951.

⁴²¹ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 50.

ce point, certains économistes estiment que le risque de collusion tacite est faible si le nombre d'entreprises disposant d'une présence significative est supérieur à quatre, mais qu'il peut être élevé si les concurrents importants ne sont que deux ou trois⁴²².

200. Une troisième et dernière catégorie de facteurs qui doit être analysée lors de l'examen de l'opération par les autorités porte sur la symétrie des entreprises sur le marché.

3. La symétrie des entreprises sur le marché

201. La symétrie des entreprises n'est pas seulement propice à la formation de la collusion mais aussi à la mise en œuvre de représailles. La symétrie notamment en termes de similitude de la fonction de coût, des capacités productives et de parts de marché est l'élément particulièrement important de la motivation et de l'incitation des entreprises à participer à une coopération.

202. En effet, lorsque les entreprises produisent à des coûts différents, il est difficile pour elles de parvenir à une stratégie tarifaire commune. Les entreprises disposant d'un coût marginal plus bas veulent des prix inférieurs à ceux que les autres entreprises souhaiteraient supporter⁴²³. En outre, même si les entreprises parviennent à une définition d'une ligne tarifaire commune, le risque de déviation est fort car les entreprises ayant les coûts les plus bas pourraient réaliser des profits de la sous-cotisation des prix de leurs rivaux qui ont les coûts plus élevés. En revanche, si les entreprises ont une structure tarifaire similaire, elles peuvent coordonner plus facilement.

203. De même, la symétrie des capacités productives rend facile à la fois la collusion et la détection de la déviation. Pareillement pour la symétrie des parts de marché. Il est plus difficile de soutenir la collusion lorsque les parts de marché des entreprises sont asymétriques. Les entreprises ayant les plus petites parts de marché sont incitées à dévier car le profit induit par la déviation est proportionnel à la part de marché prise aux concurrents. Ainsi, plus l'asymétrie de part de marché est significative, plus la déviation est profitable, plus l'entreprise est incitée à adopter ce comportement. L'entreprise qui a la plus faible part de marché est celle dont l'incitation à dévier est la plus importante. Au contraire, il est considéré que la symétrie des parts

⁴²² W. E. KOVACIC, R. C. MARSHALL, L. M. MARX & M. E. RAIFF, « Lessons for Competition Policy from the Vitamins Cartel », in V. GHOSALL, J. STENNEK (dir.), *The Political Economy of Antitrust, Contributions to Economic Analysis*, vol. 282, Emerald Group Publishing Limited, 2007, p. 149-176.

⁴²³ M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT & J. TIROLE, « The Economics of Tacit Collusion », IDEI Toulouse, *Rapport pour la Commission européenne*, mars 2003, p. 36.

de marché facilite la coordination des comportements d'entreprises. Dans l'affaire *Air Liquide/Messer Targets*⁴²⁴ concernant l'acquisition des activités du groupe Messer en Allemagne, au Royaume-Uni et aux États-Unis par l'entreprise française de gaz industriels Air Liquide, la Commission a considéré probable la coordination entre la nouvelle entité et sa concurrente, Linde, pour faire monter les prix des gaz fournis en vrac et en bouteilles à des fins industrielles ou médicales en Allemagne. Les parts de marché détenues par la nouvelle entité et Linde sur ces marchés déjà fortement concentrés étant très symétriques et élevées (les parts de marché cumulées sont de 70-80%). L'opération n'a été autorisée qu'après la cession par Air Liquide d'une partie de ses activités et de Messer en Allemagne.

204. Ainsi, lorsque les entreprises disposent d'un poids similaire, il est très facile pour elles non seulement de parvenir à une collusion tacite mais aussi d'identifier le comportement déviant l'une de l'autre. Par conséquent, une concentration qui conduit à une structure de marché symétrique doit considérer très probable de générer des effets coordonnés.

205. Conclusion du A. L'ensemble des analyses de ces facteurs revient à l'analyse des caractéristiques et la transparence du marché, plus précisément de la vulnérabilité du marché à une collusion tacite. Une opération de concentration a plus de chances de déboucher sur une domination collective dès lorsqu'elle conduit à un marché très concentré, symétrique et stable. L'appréciation de ces caractéristiques utilise des critères de parts de marché et de degré de concentration dont l'évaluation nécessite la délimitation du marché pertinent ; et les critères de proximité des produits et d'élasticité de la demande dont l'évaluation concourt à l'exercice de délimitation du marché. Ainsi, l'appréciation de la vulnérabilité à la collusion nécessite la délimitation du marché pertinent pour déterminer si la structure du marché est porteuse d'incitations à la collusion.

206. Transition. Dans l'évaluation des effets coordonnés, il est important de s'interroger pourquoi les caractéristiques du marché ne sont pas suffisantes pour faciliter une collusion tacite pré-concentration mais le serait post-concentration. La délimitation du marché peut fournir des éléments qui permettent d'apporter une réponse à cette question.

⁴²⁴ Décision de la Commission du 15 mars 2004, COMP/M.3314, *Air Liquide/Messer*, JOUE C 91 du 15 avril 2004.

B. La délimitation du marché pour l'évaluation d'une structure propice à la collusion tacite.

207. Pour mettre en évidence un risque de dominance collective, il n'est pas suffisant de démontrer les conditions qui sont nécessaires mais il faut encore démontrer que les conditions sont suffisantes pour qu'une telle pratique soit possible et soutenable. À l'égard de cette dernière démonstration, l'approche de « *check-list* », que la Commission européenne utilise pour apprécier les critères imposés, fait émerger les difficultés en raison qu'elle ne fournit pas le cadre pour l'analyse des indices employés (1). Faute d'un tel cadre analytique, trois facteurs majeurs sont retenus afin d'évaluer si le changement structurel du marché conduit à l'émergence d'une collusion tacite dont la mise en œuvre nécessite la délimitation du marché en cause (2).

1. La difficulté d'évaluer la suffisance de la structure du marché à la collusion

208. Depuis l'arrêt *Airtours/First Choice*, qui a permis au Tribunal d'élaborer une véritable théorie des effets coordonnés fondée sur des critères économiques, le niveau de preuve nécessaire pour établir que l'opération de concentration conduit à des effets coordonnés a été renforcé. Pour évaluer des conditions de marché qui sont propices à l'émergence d'une position dominante collective, la Commission a adopté une approche de *check-list*. Elle s'appuie sur une liste d'indices qui n'est cependant pas exhaustive. Parmi les nombreux facteurs possibles, les plus usités sont le degré de concentration du marché, la transparence de l'offre et de la demande, l'homogénéité des produits, l'existence de capacités de production excédentaires, le contact multi-marchés et l'existence de liens structurels, l'existence dans le passé de comportements anticoncurrentiels sur le marché en question, la nature de l'opération, l'existence d'un mécanisme crédible, rapide et viable de sanction en cas de tricherie, les possibilités d'entrée dans le secteur et la symétrie des firmes⁴²⁵. En principe, une opération de concentration réduit le nombre d'entreprises sur le marché mais les caractéristiques de marché demeurent les mêmes pré- et post-concentration. Alors, dans quelle mesure une concentration, en réduisant le nombre d'entreprises sur le marché, rend le marché tacitement collusoire ? À ce point, l'approche de *check-list* n'identifie que les facteurs pertinents à l'appréciation des effets coordonnés mais ne fournit pas le cadre dans lequel ces facteurs sont appréciés. Malheureusement, ni la théorie ni la littérature économique empirique ne fournissent non plus des renseignements utiles. Dans sa

⁴²⁵ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *op. cit.*, p. 362.

pratique décisionnelle avant l'arrêt *Airtours/First Choice*, il semble que l'analyse des effets coordonnés de la Commission européenne fut limitée aux concentrations qui ont conduit à la réduction du nombre d'entreprises *leader* du marché de trois à deux⁴²⁶.

209. Le changement sur le marché provoqué par une opération de concentration est de nature structurelle. Déterminer si une opération donne lieu à des effets coordonnés revient à déterminer si le changement structurel du marché modifie des conditions du marché de manière qu'elles soient *suffisantes* pour une collusion tacite. Les économistes sont d'accord sur le fait qu'il existe une relation entre le nombre d'entreprises sur le marché, leur taille, la distribution par la taille des entreprises et la probabilité de la collusion⁴²⁷. Un autre auteur estime que la perte du bien-être du consommateur est d'autant plus importante que le degré de concentration du marché est élevé⁴²⁸. En général, les économistes sont d'accord pour dire que plus le degré de concentration du marché est élevé, plus la collusion tacite est probable. Pourtant, il n'est indiqué dans aucun des travaux quel est le niveau de concentration à partir duquel une concentration conduit les entreprises à adopter un comportement collusif.

210. Faute d'indication du seuil de concentration, la pratique analytique des conditions structurelles du marché se concentre sur trois critères qui sont la concentration de l'offre, la symétrie des entreprises et l'existence d'une entreprise « franc-tireur ». Ces analyses se réalisent en employant la délimitation du marché en cause.

2. La nécessité de la délimitation du marché pertinent

211. En tout état de cause, la délimitation du marché pertinent est nécessaire pour au moins trois raisons. Tout d'abord, l'analyse du changement structurel du marché post-concentration emploie la délimitation du marché pour déterminer le nombre d'entreprises présentes sur le marché, ce qui sert finalement à évaluer la concentration de l'offre. Il s'agit d'un premier élément examiné par la Commission lors de ses analyses pour déterminer l'existence d'une dominance collective. Un grand nombre d'entreprises peut non seulement perturber la formation

⁴²⁶ Décisions de la Commission du 22 juillet 1992, IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, JOCE L 356 du 2 déc. 1992 ; du 14 déc. 1993, IV/M.308, *Kali + Salz/MdK/Treuhand*, JOCE L 186 du 21 juill. 1994 ; du 24 avril. 1996, IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, JOCE L 11 du 14 janv. 1997.

⁴²⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 403.

⁴²⁸ R. D. WILLIG, « Merger Analysis, Industrial Organisation Theory and Merger Guidelines », *Brookings Papers: Microeconomics*, 1991, p. 281-332.

de la collusion mais aussi générer des incitations à dévier lors de la phase d'exécution. En effet, la présence d'entreprises en sur nombre rend le marché moins transparent. Par conséquent, les entreprises peuvent ne pas disposer du moyen de savoir si leurs concurrents adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. Il n'est donc pas aisé de définir une ligne commune. En outre, la surveillance mutuelle des comportements et la détection des « tricheurs » sont devenues difficiles. Il n'est pas assuré que les membres de la collusion prennent bien conscience de leurs interdépendances et la déviation pourrait leur être très profitable.

212. Ensuite, l'analyse du changement structurel du marché nécessite la délimitation du marché pour déterminer les entreprises qui sont les plus susceptibles d'adopter un comportement collusif. En effet, la tendance de l'analyse des effets coordonnés est de se concentrer sur la symétrie des entreprises dont l'évaluation porte souvent sur un premier facteur de part de marché⁴²⁹. Une concentration peut réduire ou augmenter le degré d'asymétrie entre les entreprises. Comme nous l'avons analysé ci-dessus, plus les entreprises sont symétriques, plus la collusion est probable. Si les parts de marché cumulées des entreprises concernées, prises séparément sont asymétriques avec les parts de l'une ou de plusieurs de leurs concurrents, sont devenues symétriques avec celles-ci post-concentration, l'opération risque de déboucher sur une collusion tacite. Par ailleurs, la collusion est d'autant plus facile que la part de marché de chacune des entreprises est élevée⁴³⁰. Par conséquent, la comparaison des parts de marché détenues par l'entité nouvelle et par ses concurrents permet d'identifier les entreprises qui sont les plus probablement incitées à se coordonner.

213. Enfin, la délimitation du marché aide à déceler une entreprise « franc-tireur » (*maverick firms*) qui pourrait perturber tout comportement collusif. À ce point, il convient tout d'abord de noter que la Commission européenne accorde une place importante à l'existence de l'entreprise franc-tireur dans ses analyses. Lorsque la concentration crée sur le marché une telle entreprise, la probabilité que l'opération conduit à une collusion est réduite parce que l'entreprise a des moyens (par exemple en raison des types de produits vendus, de la structure de coûts) pour désorganiser une coordination et, de ce fait, stimuler fortement la concurrence sur le marché. Ses incitations économiques et celles de ses concurrents ne sont donc pas les mêmes, rendant la

⁴²⁹ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 404.

⁴³⁰ D. SPECTOR, « Les nouveaux critères d'appréciation du contrôle communautaire des concentrations », in F. BRUNET & G. CANIVET (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 676.

collusion insoutenable. En revanche, une concentration qui fait disparaître sur le marché une entreprise franc-tireur, par exemple par son acquisition par une entreprise établie, est susceptible d'aboutir à des effets coordonnés car la disparition d'une telle entreprise peut être de nature à favoriser la collusion⁴³¹.

214. Le fait qu'il est impossible de déterminer le seuil de concentration rend problématique l'évaluation de la capacité du changement structurel du marché à la collusion fondée sur l'approche de *check-list*. Ainsi, la pratique analytique des conditions structurelles du marché a tendance à se focaliser sur la concentration de l'offre, le degré de symétrie des entreprises et l'existence d'un franc-tireur. La délimitation du marché joue le rôle de fournir le cadre analytique dans lequel ces critères sont appréciés dont le résultat peut donner des indications sur la façon dont une opération de concentration affecte la concurrence autrement que par la réduction du nombre d'entreprises actives sur le marché en cause.

215. Conclusion du §2. L'appréciation de la probabilité des effets coordonnés d'une opération de concentration nécessite d'évaluer si le marché post-concentration est suffisamment vulnérable pour qu'une collusion soit formée et se maintienne dans le temps, sans besoin de communication verbale, et que les conditions structurelles du marché post-concentration conduisent à la collusion. Pour cela, la Commission européenne utilise une *check-list* d'indices qui identifie les caractéristiques du marché propices à la collusion. Cette approche est pertinente en ce qu'elle fournit une référence à l'analyse des conditions nécessaires à la collusion mais est problématique en ce qu'elle ne fournit aucun cadre pour l'analyse des caractéristiques identifiées afin d'évaluer les conditions suffisantes à la collusion parce qu'elle ne permet pas de savoir la façon dont la concurrence est affectée par l'opération. Dans le contexte où même la théorie économique ne peut pas proposer une solution à ce problème, la pratique analytique tend à se concentrer sur certains indices. L'évaluation des conditions à la collusion nécessite la délimitation du marché pertinent. En effet, l'évaluation des conditions nécessaires – la vulnérabilité du marché – emploie la délimitation du marché pertinent pour examiner s'il existe un environnement économique simple, stable et un marché transparent qui facilite la collusion, et celle des conditions suffisantes

⁴³¹ Voir en ce sens J. TEMPLE LANG, « Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law », in B. E. HAWK (dir.), *International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute, 2002, p. 269; J. B. BAKER, « Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws », *New York University Law Review*, vol. 77, p. 135-203; J. B. BAKER, « Market Definition: An Analytical Overview », *Antitrust L. J.*, vol. 74, p. 129-173.

– la structure conductrice du marché – pour apprécier comment les changements structurels du marché apportés par la concentration augmentent la probabilité des entreprises se livrant à une collusion. De manière générale, la délimitation du marché est considérée comme un processus de détermination de la portée optimale de collusion.

216. Conclusion de la Section 2. Les analyses qui viennent d’être exposées ont montré que le pronostic de l’effet, tant unilatéral que coordonné probable, d’une opération de concentration horizontale, emploie la délimitation du marché pertinent comme instrument d’évaluation. À part le facteur de part de marché qui demeure l’approche standard, la proximité des produits des entreprises parties à l’opération, que ce soit sur un marché de produits homogènes ou différenciés, est déterminante de la probabilité d’une augmentation unilatérale des prix post-concentration. Celle-ci n’est rien autre que l’exercice de la délimitation du marché. Dans l’évaluation de la probabilité des effets coordonnés, toute analyse judicieuse des conditions structurelles à la collusion tacite exige que la portée de la coordination soit précisée par la délimitation du marché.

217. Conclusion du chapitre. Le présent chapitre a mis en lumière le rôle essentiel que joue la délimitation du marché pertinent dans l’analyse concurrentielle. Plus important, les analyses menées ont cristallisé les conceptions traditionnelles du rôle de cet exercice. Premièrement, elles ont montré que la délimitation du marché ne permettait pas seulement de calculer les parts de marché. Les économistes, qui critiquent fortement ce critère, accordent actuellement l’importance à l’analyse des barrières à l’entrée pour apprécier le pouvoir de marché d’une entreprise. Or, nous avons vu que cette analyse n’est pas effectuée tant que le degré de concurrence qui existerait probablement sans entrée n’a pas été pris en considération. Par ailleurs, pour évaluer des obstacles à l’accès au marché, le droit européen exige une analyse détaillée des caractéristiques et de la structure du marché. La délimitation du marché permet d’une part de déterminer les situations où une telle analyse est nécessaire et constitue d’autre part l’outil pour mettre en œuvre la méthodologie retenue par la Commission et les juges. Quant au critère de la part de marché, la Commission s’appuie le plus souvent au niveau de part de marché sans tenir compte de façon systématique de la durabilité de sa détention et de son évolution, d’où proviendraient les critiques à cet indice dans l’évaluation de l’existence d’un pouvoir de marché. Nous avons montré que la part de marché, une fois analysée dans sa globalité, peut appuyer la

conclusion tenant à l'exercice d'un tel pouvoir. Par l'ensemble des développements exposés, nous estimons que les critiques à la délimitation du marché pour l'appréciation du pouvoir de marché sont mal posées.

218. Deuxièmement, les développements ont cristallisé la conception traditionnelle, qui considère la délimitation du marché comme un simple pré-requis de l'évaluation du pouvoir de marché, en montrant qu'elle sert encore l'instrument d'appréciation des effets anticoncurrentiels découlant d'une opération de concentration. Son rôle instrumental est bien illustré dans l'évaluation du risque d'effets unilatéraux et coordonnés d'une concentration horizontale parce que la proximité des produits, la symétrie entre entreprises et la concentration du marché sont des paramètres centraux de l'appréciation, lesquels ne peuvent être appréhendés que sur un marché délimité.

219. Transition. Si la délimitation du marché pertinent ne servait qu'à établir le pouvoir de marché, comme estiment les économistes, le recours à d'autres outils pour son évaluation devrait poser moins de problèmes. Comme nous verrons toutefois dans les développements qui suivent, outre de déclencher la détection des infractions au droit européen de la concurrence, la délimitation du marché s'étend son domaine d'utilité au-delà de l'évaluation de l'atteinte à la concurrence.

CHAPITRE 2

LE RECOURS À LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT HORS DU CADRE DE L'ANALYSE DE L'ATTEINTE À LA CONCURRENCE

220. Avant d'entamer à toute analyse substantielle de l'effet concurrentiel d'une pratique, il est indispensable de déterminer si la pratique est soumise aux règles de concurrence. Pour cela, le droit européen fait référence à la notion d'atteinte sensible à la concurrence. La référence à cette notion conduit à n'appliquer les règles de concurrence que s'il existe ou s'il y a un risque d'atteinte sensible au jeu de la concurrence sur un marché donné. L'application du droit de la concurrence est donc écartée dès lors que la pratique a un effet insignifiant. Le caractère sensible d'une restriction de concurrence doit être examiné en fonction du marché qu'elle influence ou qu'elle influencera vraisemblablement⁴³². Cela étant, une analyse en termes de marché est indispensable pour la mise en œuvre de la condition d'applicabilité des règles de concurrence. En pratique, l'appréciation de cette condition oblige à une délimitation du marché pertinent. Celle-ci joue le rôle d'instrument de détermination du champ d'application du droit européen de la concurrence (**Section 1**).

221. Une fois le champ d'application du droit de la concurrence défini, l'analyse des effets concurrentiels faite et l'atteinte sensible à la concurrence conclue, se pose la question de l'appréciation de la sanction à infliger. Là encore, la délimitation du marché s'avère nécessaire parce qu'elle permet de déterminer l'assiette de la sanction. Sa nécessité dans ce domaine est reconnue tant dans l'approche juridique que dans l'approche économique. Indépendamment de toute étape du processus d'examen des problèmes de concurrence, la délimitation du marché pertinent étend encore son domaine utile au mécanisme de renvoi préjudiciel qui n'existe que dans le régime européen (**Section 2**).

Section 1. La détermination du champ d'application du droit européen de la concurrence

222. L'effet sensible est une condition d'applicabilité des règles de concurrence communautaire. La pratique décisionnelle et la jurisprudence européenne se sont efforcées de

⁴³² Rapport de la Commission sur l'application des articles 81 CE et 82 CE par les juridictions nationales des États membres, Office des publications officielles de la Communauté, Luxembourg, 1997, p. 40.

définir les contours et la portée de l'exigence de « *sensibilité* » en proposant des seuils. En deçà d'un certain seuil, l'effet produit par une pratique est qualifié de trop insignifiant pour influencer effectivement sur les mécanismes du marché et l'application du droit de la concurrence sera écartée. La référence à des seuils de sensibilité rend indispensable une analyse du marché sur lequel la concurrence est atteinte (§1).

223. L'exigence d'une atteinte sensible à la concurrence est par ailleurs une condition d'applicabilité du mécanisme de renvoi entre autorités nationales et européenne en matière de contrôle des concentrations. À s'y ajoute la notion de « marché distinct » – une autre condition d'applicabilité de ce mécanisme – qui se réfère à la théorie du marché pertinent (§2).

§1. Les seuils de sensibilité

224. La théorie du seuil de sensibilité est devenue un concept courant en droit communautaire de la concurrence. Elle désigne des zones de sécurité (*safe harbours* en anglais) qui permettent que des pratiques ou des transactions des entreprises affectant le marché en cause de manière insignifiante ne soient pas sanctionnées. Juridiquement, la zone de sécurité est un concept contraignant⁴³³, qui a, en droit de l'UE, une double fonction : elle sert d'une part d'outil de répartition des compétences entre le droit communautaire et les droits nationaux au travers de l'appréciation de l'affectation du commerce entre les États membres. D'autre part, elle constitue le critère d'applicabilité du droit de la concurrence. Les autorités européennes déterminent les zones de sécurité au moyen de seuils exprimés en part de marché établissant l'exigence de la délimitation du marché pertinent. Contrairement aux reproches d'incertitude quant au facteur de part de marché, les entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises, en tirent une sécurité incontestable. Le droit de la concurrence de l'Union européenne a créé des zones de sécurité juridiques tant dans le droit des ententes (A) que dans le contrôle des concentrations (B).

225. Le concept de la zone de sécurité a été importé dans le droit vietnamien de la concurrence. Tout en s'inspirant du droit de l'UE, les seuils sont également fixés en part de marché. Cependant contrairement à une approche plus économique de l'UE, les autorités vietnamiennes de la concurrence considèrent la part de marché comme critère unique dans leur

⁴³³ OCDE, Définition du marché pertinent, DAF/COMP (2012)13/REV1, 10 oct. 2012.

examen des conditions d'autorisation et d'interdiction d'une pratique ou d'une transaction. Cette méthode, malgré son caractère de simplicité, soulève un certain nombre de problèmes.

A. L'applicabilité de l'article 101 TFUE

226. En matière du droit des ententes, la théorie du seuil n'a de sens que pour des restrictions par effet⁴³⁴. L'application de l'article 101§1 TFUE à de telles restrictions sera écartée lorsqu'un accord est qualifié d'une faible importance sur le commerce et la concurrence intra communautaire (1). En revanche, l'interdiction prévue au §1 dudit article constitue une condition pour un accord de bénéficier d'une exemption de l'article 101§3 TFUE (2).

1. La règle *de minimis* (Article 101§1)

227. Depuis les années soixante, le principe de l'effet sensible à la concurrence a été posé tant par la Commission que par la Cour de Justice dans leur examen d'une entente. Cette dernière avait prononcé pour la première fois dans l'arrêt *Grundig et Consten*⁴³⁵ en 1966 qu'une entente échappe à l'interdiction de l'article 81 CE §1 si elle n'affecte le marché que de manière insignifiante. Trois ans plus tard, dans l'arrêt *Völk*, la Cour de Justice a donné plus de précisions en déclarant qu'un accord y échappe « *lorsqu'il n'affecte le marché que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause* »⁴³⁶. Il semblerait que c'est à partir de cet arrêt que la Cour de Justice a établi la doctrine de *de minimis*. Elle a en effet été prise dans de très nombreux arrêts ultérieurs⁴³⁷.

228. Pour sa part, la Commission a également reconnu ce principe. Il s'agissait en fait dans une première communication de 1968 relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises qu'elle avait déclaré que n'étaient pas interdits par l'article 81 CE §1 les accords notamment si la position globale sur le marché des entreprises

⁴³⁴ La Cour de Justice de l'Union européenne l'a affirmé dans l'arrêt connu *Expédia*, CJUE du 13 déc. 2012, *Expédia Inc c./ Autorité de la concurrence e.a.*, C-226/11, *Rec.* numérique, paras. 35-38, spéc. para. 37. La Commission a également affirmé dans la plus récente version de la Communication *de minimis* de 2014 que « *la présente communication ne couvre donc pas les accords qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur* », Communication *de minimis* de 2014, para. 2.

⁴³⁵ Arrêt de la CJCE du 13 juillet 1966, *Grundig et Consten*, C-56 et 58/64, *Rec.* p. 429.

⁴³⁶ Arrêt de la CJUE du 9 juillet 1969, *Franz Völk c./S.P.R.L. Ets J.Vervaecke*, C-5/69, *Rec.* p. 295, para. 7.

⁴³⁷ Arrêts de la CJCE du 25 nov. 1971, *Béguelin Import Co c./ S.A.G.L. Import Export*, C-22/71, *Rec.* p. 949 ; du 6 mai 1971, *Cadillon c./ Höss*, C-1/71, *Rec.* p. 351, attendu 9 ; du 20 juin 1978, *Tepea BV c./ Commission*, C-28/77, *Rec.* p. 1391, attendu 47 ; du 1 fév. 1978, *Miller International Schallplatten GmbH c./ Commission*, C-19/77, *Rec.* p. 131 ; du 10 juillet 1980, *Distillers Co. c./ Commission*, C-30/78, *Rec.* p. 2229.

coopérantes est trop faible pour que leur accord de coopération provoque une restriction sensible de la concurrence dans le marché commun⁴³⁸. Les communications ultérieures ont été consacrées en plus détaillées à la question, notamment à celle de la manière dont la Commission apprécie si un accord n'affecte le marché que dans une mesure faible.

229. En effet, la Commission proposait des seuils de sensibilité qui étaient exprimés en termes de parts de marché. Dans une communication ultérieure de 1977, il était indiqué qu'un accord était qualifié d'importance mineure et donc n'est pas visé par l'interdiction de l'article 85 CE §1 si la part de marché des produits faisant l'objet de l'accord ne représentait pas plus de 5% du marché de l'ensemble de ces produits. D'autre part, un second seuil en termes de chiffres d'affaires, cumulable avec le premier, a également été retenu dans cette communication selon lequel le chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises participantes de l'entente ne devait pas dépasser 50 millions d'unités de compte⁴³⁹.

230. Un nouveau pas dans l'effort de la Commission de simplification et de clarification de son appréciation des ententes d'importance mineure a été franchi en 1997. La Commission a pour la première fois fait la distinction, dans une communication révisée de 1997⁴⁴⁰ remplaçant celle de 1986⁴⁴¹, entre les accords horizontaux et les accords verticaux. Par conséquent, le seuil de part de marché en deçà duquel un accord ne restreint pas sensiblement la concurrence varie en fonction du type d'accord. Le seuil de 5% a été retenu pour les accords horizontaux, entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation. Il est de 10% pour les accords verticaux, entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie. Il convient de noter aussi que si dans les communications précédentes la Commission a retenu des seuils en termes de parts de marché et de chiffres d'affaires pour son appréciation des effets sensibles, elle a défini des seuils de sensibilité uniquement en termes de parts de marché dans cette communication de 1997.

⁴³⁸ Communication de la Commission relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, JOCE C 75 du 29 juillet 1968.

⁴³⁹ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C 313 du 29 décembre 1977.

⁴⁴⁰ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne, JOCE C 372 du 9 décembre 1997.

⁴⁴¹ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C 231 du 12 septembre 1986.

231. Ces seuils ont fait l'objet d'une modification en 2001⁴⁴² : la Commission ne distingue plus entre les accords horizontaux et les accords verticaux mais désormais entre les accords entre concurrents, existants ou potentiels, et les accords entre non concurrents⁴⁴³. Les seuils retenus sont respectivement de 10% et 15% et sont maintenus par la plus récente communication révisée de 2014⁴⁴⁴ sur ce thème.

232. L'exigence d'un seuil de sensibilité est une condition de fond de mise en jeu de l'article 101 TFUE⁴⁴⁵. L'utilisation des seuils quantitatifs en termes de part de marché permet, malgré son caractère relatif, non seulement d'apprécier la position d'une entreprise sur le marché comme nous avons vu dans les sections précédentes mais aussi de définir le caractère sensible de la restriction de la concurrence. Pour calculer la part de marché, il est nécessaire de déterminer les marchés en cause. Cela est clairement indiqué au point 12 de la Communication *de minimis*. Par conséquent, la délimitation du marché est d'une portée majeure pour ne pas dire essentielle pour apprécier l'effet sensible sur la concurrence et ainsi de déterminer l'applicabilité de l'article 101§1 TFUE. Cette exigence a été consolidée tant par la jurisprudence que par la pratique décisionnelle de la Commission.

233. L'affaire *Hasselblad*⁴⁴⁶ en donne un bel exemple. Dans cette affaire, la Commission a estimé que le marché des produits en cause était celui des appareils de photographie reflex à miroir de format moyen sur lequel la société Hasselblad détenait entre 20 et 50% des parts de marché. Hasselblad n'était pas d'accord avec la définition que la Commission avait donnée du marché en cause. Elle a fait valoir que ses appareils étaient également en concurrence avec certains appareils 35mm et qu'ainsi le marché pertinent devait être délimité plus largement en englobant aussi ces derniers. Sa part de marché sur ce marché des appareils photographiques reflex, comprenant les 35mm et les appareils photographiques de format moyen, n'était alors que de 0,597%. Elle a fait valoir également que même si des restrictions aux échanges existaient, elles ne tomberaient pas sous le coup de l'article 85 CE §1 car elles ne produiraient pas d'effet sensible sur la concurrence en raison notamment de la faiblesse de sa part de marché. Cependant,

⁴⁴² Communication *de minimis* de 2001.

⁴⁴³ D'un point de vue de la nature, les accords verticaux et les accords entre non-concurrents sont les mêmes, pareillement pour les accords horizontaux et les accords entre concurrents.

⁴⁴⁴ Communication *de minimis*, *op. cit.*

⁴⁴⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2014, p. 208.

⁴⁴⁶ Arrêt de la CJCE du 21 fév. 1984, *Hasselblad c./ Commission*, C-86/82, *Rec.* p. 883.

ces arguments ont été rejetés par la Cour de Justice qui a partagé l'analyse de la Commission estimant qu'il y avait une absence de substituabilité entre un appareil Hasselblad et d'autres appareils. La définition donnée par la Commission du marché en cause était retenue et le moyen tiré de la faiblesse de la part de marché infime que l'article 85 CE §1 du traité ne serait pas d'application écartée.

234. La doctrine de *de minimis* n'existait pas dans le régime vietnamien. La loi de la concurrence de 2004⁴⁴⁷ ne prévoyait pas le seuil au-dessous duquel un accord est qualifié d'importance mineure et échappe à l'interdiction. Cependant, il convient de rappeler que la part de marché joue un rôle décisif de l'appréciation du pouvoir de marché avant la révision de la loi en 2018. En effet, il était le critère unique que les autorités vietnamiennes de la concurrence utilisent pour apprécier si un accord est interdit. Selon l'article 9 de la loi de la concurrence de 2004, sont prohibés les accords visés aux paragraphes 1 à 5 de l'article 8 de la loi si les parts de marché cumulées des parties sont égales ou supérieures à 30% du marché en cause. Sans d'autres dispositions ni précisions fournies, ce seuil dans la loi et dans le décret 116/2005/NĐ-CP du Gouvernement⁴⁴⁸ peut se comprendre qu'avec une part de marché ne dépassant pas 30%, un accord entre entreprises relevant à ceux visés aux paragraphes 1 à 5 dudit article ne tombe pas sous l'interdiction de la loi.

235. Ce seuil de part de marché est appliqué à tous les accords et à tous les secteurs, sans distinction, qu'ils sont des accords verticaux ou horizontaux. Cette disposition a posé toutefois trois problèmes.

236. Le premier problème consiste à des catégories d'accord interdites. Pour le préciser, il convient de revenir à l'article 8 de la loi de 2004 qui fournit une liste des accords qui sont réputés restrictifs. La liste du texte de la Loi est la suivante :

- 1) *Fixer de manière directe ou indirecte les prix des produits ou des services ;*
- 2) *Répartir les marchés de consommation ou les sources d'approvisionnement ;*
- 3) *Limiter ou contrôler le volume des productions, des achats ou des ventes de marchandises ou de prestations de services ;*
- 4) *Limiter le progrès technique et technologique ou les investissements ;*

⁴⁴⁷ Préc.

⁴⁴⁸ Préc.

- 5) *Subordonner la conclusion avec d'autres entreprises d'un contrat de vente de marchandises ou de prestation de services à des conditions ou des obligations qui ne sont pas directement liées à l'objet du contrat ;*
- 6) *Entraver ou limiter l'accès au marché par d'autres entreprises ou le développement de celles-ci ;*
- 7) *Exclure du marché les entreprises qui ne sont pas parties à l'accord ;*
- 8) *Favoriser un ou plusieurs adjudicataires parties à l'accord pour la fourniture de marchandises ou de services.*

237. Nous pouvons voir que les accords entre les concurrents fixant le niveau des prix ou de la production, partageant les marchés ou faussant les appels d'offres sont qualifiés en droit européen de restrictions caractérisées de la concurrence et sont interdits *per se* alors qu'ils n'étaient interdits en droit vietnamien, excepté les accords faussant les appels d'offres, que si les parts de marché des parties concernées dépassent 30%. De plus, l'article 10 de la loi dispose que ces accords peuvent bénéficier d'une exemption à durée déterminée lorsque les conditions d'exemption sont réunies. À la lumière des expériences européenne et internationale, l'autorisation de la réalisation de ces types d'accord qui ont l'objet anticoncurrentiel, selon les termes européens, va à l'encontre de l'objectif de la protection de la concurrence et du consommateur visés par le droit de la concurrence.

238. Le deuxième problème de cette disposition concerne l'unicité du critère de part de marché. Tout d'abord, l'application d'un seul seuil à tous les accords ne s'avère pas pertinent puisque les accords entre concurrents sont appréciés plus nocifs que les accords entre non-concurrents. Ensuite, bien que l'utilisation du critère de part de marché pour apprécier un accord soit estimée comme étant la plus appropriée, notamment aux autorités de concurrence qui sont encore jeunes, le fait que l'interdiction d'un accord est appréciée en se fondant uniquement à ce critère sans tenir compte d'effets que l'accord pourrait entraîner à la concurrence est une approche erronée. Avec cette approche, malgré la faible part de marché détenue par les entreprises parties (inférieure à 30%), un accord qui pourrait produire des effets négatifs sur la concurrence n'est paradoxalement pas interdit.

239. Dernièrement, le seuil de 30% appliqué à tous les secteurs s'avère inapproprié. Puisque la structure de marché est différente selon les secteurs, l'appréciation du pouvoir de marché des entreprises parties à l'accord sur la base d'un même seuil de part de marché pourrait donner un

résultat erroné. Il n'est pas raisonnable de retenir un même seuil appliqué à la fois à un accord entre entreprises dans le secteur de la télécommunication où le marché est très concentré avec la présence de six⁴⁴⁹ entreprises concurrentes et à celui dans le secteur du textile où sont présentes quelque six mille entreprises⁴⁵⁰.

240. Pour ces raisons, il était nécessaire d'un changement d'approche dans l'analyse des affaires en matière d'ententes de manière que soient interdit *per se* les ententes injustifiables et que soient imposées les règles en fonction du type d'ententes. À cet égard, la loi de la concurrence révisée en 2018 a fait une réforme considérable en distinguant les accords horizontaux des accords verticaux. La doctrine européenne de *de minimis* a été proposée dans le projet de décret relatif à l'application précise de certaines des dispositions de la loi selon lequel un accord horizontal n'est interdit que si la part de marché des parties sont égales ou supérieures à 10%. En ce qui concerne les accords verticaux, ils sont interdits lorsque la part de marché d'une entreprise partie à l'accord est supérieure à 10%⁴⁵¹. Avec une ressource limitée et eu égard aux résultats globalement positifs de l'application de la doctrine *de minimis*, l'adoption de ces règles permettra à l'autorité de la concurrence d'éviter la surcharge tout en assurant la sécurité juridique. En outre, nous estimons que l'examen d'un accord qui n'est qualifié de restriction *per se*, à l'exception de ceux dont la part de marché des parties ne dépasse pas le seuil de sensibilité fixé, devrait être effectué à la *règle de raison*, c'est-à-dire apprécier un accord en fonction de ses effets sur la concurrence et non pas en fonction de la seule part de marché. Cette méthode exige des analyses plus approfondies qui s'effectuent en trois étapes : (i) analyser la nature de l'accord ; (ii) procéder à une analyse économique si des effets négatifs de l'accord sur la concurrence sont présumés ; et (iii) analyser la probabilité, l'importance des gains d'efficacité de l'accord et la proportionnalité de ces gains d'efficacité et des effets négatifs sur la concurrence.

241. Les seuils de part de marché n'ont pas seulement la fonction de filtrage des ententes qui échappent à l'interdiction de l'article 101§1 TFUE. Ils ont également comme fonction de déterminer le champ d'application des exemptions catégorielles de l'article 101§3 TFUE.

⁴⁴⁹ Livre Blanc de l'Informatique et de la Communication de 2014, publication du Ministère Vietnamien de l'Information et de la Communication, disponible sur le <http://english.mic.gov.vn/Upload/Store/tintuc/vietnam/43/Sach-Trang-2014-final.pdf> (consulté le 9 oct. 2014).

⁴⁵⁰ Selon les statistiques de la Vietnam Textile & Apparel Association (VITAS) en 2014, la fédération professionnelle du textile vietnamien, voir le site <http://www.vietnamtextile.org.vn/> (consulté le 9 oct. 2014).

⁴⁵¹ Projet de décret, préc., article 12.

2. Le règlement d'exemption par catégorie (article 101§3 TFUE)

242. Il convient tout d'abord de noter que jusqu'à la réforme de l'exemption collective des accords de distribution verticale, l'application des règlements d'exemption ne se référait pas au pouvoir de marché des entreprises parties à un accord. Alors, que les entreprises concernées détiennent 1% ou 100% du marché, cela n'a pas d'effet sur l'applicabilité du règlement. La réforme majeure de 1999 a rompu le système antérieur en instaurant une présomption de légalité en faveur de pratiques restrictives imputables à des entreprises dépourvues de pouvoir de marché. En effet, le Règlement CE n° 2790/99⁴⁵² crée une zone de sécurité dans laquelle un accord est considéré comme n'ayant pas d'effets négatifs sur la concurrence et ainsi exempté. Eu égard aux résultats globalement positifs de l'application du règlement, suite à son expiration le 31 mai 2010, la Commission européenne a adopté un nouveau règlement d'exemption par catégorie⁴⁵³ qui maintient toujours l'application de la zone de sécurité.

243. En vertu de l'article 3 du règlement, ce sont les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur le marché pertinent qui déterminent l'applicabilité de l'exemption catégorielle. Le seuil de part de marché est fixé à 30% par la Commission⁴⁵⁴. Il est présumé qu'en deçà de ce seuil les accords verticaux ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte⁴⁵⁵. Au-delà, l'exemption automatique ne s'applique plus. Cela ne signifie cependant pas que le dépassement de ce seuil crée la présomption d'illégalité⁴⁵⁶. Pour ce cas, la Commission procédera à un examen individuel en appréciant les effets négatifs et les gains d'efficacité que peuvent procurer des restrictions verticales.

⁴⁵² Règlement CE n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concernés, JOCE L 336 du 29 décembre 1999.

⁴⁵³ Règlement UE n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concernés, JOUE L 102 du 23 avril 2010 (ci-après « règlement d'exemption verticale »).

⁴⁵⁴ Dans sa réflexion préliminaire à l'adoption de l'ancien règlement n° 2790/1999, la Commission proposait deux seuils : un seuil de 20% définissant le caractère sensible de l'accord à la concurrence et un seuil de 40% délimitant l'étendue du bénéfice de l'exemption automatique. Voir : Suivi du Livre vert sur les restrictions verticales, Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales du 30 septembre 1998, JOCE C 365 du 26 nov. 1998, p. 26.

⁴⁵⁵ *Id.*, point 8.

⁴⁵⁶ La Cour de Justice a été très claire sur ce point, v. arrêt de la CJCE du 18 décembre 1986, *VAG France SA c./Établissements Magne SA*, C-10/86, *Rec.* p. 4071, para. 13.

244. Ce mécanisme de présomption de légalité attachée à un seuil de parts de marché exclut certaines catégories de restrictions verticales du champ d'application de l'article 101§1 TFUE. Il permet ainsi à la Commission de concentrer ses ressources sur les accords qui sont susceptibles d'engendrer des restrictions graves à la concurrence. Par ailleurs, même si certains économistes ne sont pas favorables à l'utilisation des seuils de part de marché pour la désignation du pouvoir de marché, aucune autre solution n'a été proposée. Ce mécanisme est devenu le seul moyen pour donner prise à une analyse économique. À notre sens, ceci s'inscrit dans l'effort de la Commission de se rapprocher d'un équilibre entre l'approche orientée vers l'économie (*effects-based approach*) et un niveau raisonnable de sécurité juridique⁴⁵⁷.

245. D'un autre côté, la Commission reconnaît qu'un seuil établi sur les parts de marché est relatif, en raison notamment de leur caractère évolutif et de la difficulté de délimiter le marché pertinent. Cependant, elle considère que l'insécurité juridique que peut entraîner cette utilisation du seuil pour les entreprises est atténuée de certaines manières.

246. Premièrement, l'introduction d'un seuil de part de marché ne crée pas de présomption d'illégalité au-delà de ce seuil⁴⁵⁸. La création de la zone de sécurité sert de moyen pour faciliter la preuve à la charge d'une entreprise qui demande le bénéfice de l'exemption. En cas de dépassement du seuil, il existe trois cas de figure possible : attestation négative, exemption individuelle ou interdiction. La charge de la preuve incombera à la Commission qui doit établir dans quel cas de figure tombe l'accord. Pour cela, la Commission a élaboré des Lignes directrices qui précisent sa manière de traitement des accords. Les entreprises s'y voient ainsi offrir une bonne lisibilité de leur situation et peuvent se livrer elles-mêmes à une évaluation au regard de l'article 101§1 et 3.

247. Deuxièmement, une entreprise ne devrait pas être sanctionnée pour n'avoir pas notifié l'accord en cas d'erreur sur le calcul des parts de marché. Avec la modification de l'article 4§2

⁴⁵⁷ Dans le Suivi du Livre vert sur les restrictions verticales, la Commission a bien souligné que « *les règles de concurrence sont des règles économiques qui, par nature, impliquent un certain degré d'incertitude juridique* » mais selon elle, le seuil de part de marché peut offrir « *un niveau raisonnable de sécurité juridique* » qui permet de mieux prendre en compte des aspects économiques, p. 26 (ci-après « Suivi du Livre vert »). V. également Livre vert – La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, COM (96) 721 final, adopté par la Commission le 22 janvier 1997, disponible au site : http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_fr.pdf (consulté le 4 oct. 2014).

⁴⁵⁸ *Id.*, p. 28.

du Règlement n° 17 du Conseil⁴⁵⁹, un accord peut désormais être exempté individuellement avec un effet rétroactif à moins que toutes les conditions de l'article 101§3 aient été respectées dès le départ. Cet effet rétroactif permet de renforcer la sécurité juridique. Il renforce également le caractère exécutoire des contrats en mettant l'accent sur la protection de la concurrence plutôt que sur la protection d'intérêts privés sans rapport avec la concurrence. Par ailleurs, les statistiques européennes des notifications montrent que le nombre des notifications étant motivées par un souci de sécurité juridique a été réduit depuis l'autorisation d'une exemption avec effet rétroactif.

248. Troisièmement, l'article 7, sous d) et e), du règlement d'exemption verticale prévoit un traitement spécial pour les accords dont la part de marché dépasse provisoirement le seuil fixé de 5%. Précisément, un accord est exempté même si le seuil de 30% est dépassé pendant deux années civiles consécutives pour autant qu'il reste inférieur à 35%. Si la part de marché franchit le seuil de 30% et dépasse le seuil de 35%, l'exemption continue à s'appliquer pendant une seule année civile consécutive au dépassement. Ainsi, ce traitement spécial donne une autre possibilité aux entreprises d'obtenir le bénéfice d'une exemption individuelle à l'égard de leur souci de sécurité juridique.

249. En outre, l'utilisation du critère de parts de marché est déjà connue. La Commission rappelle bien que les entreprises sont accoutumées depuis de nombreuses années à cette technique, que ce soit pour l'exemption de notification (voir le seuil de 15% de parts de marché inscrit à l'article 4§2 du règlement n° 17), pour la présomption d'attestation négative (voir le seuil de 10% de parts de marché mentionné dans sa communication sur les accords d'importance mineure), qu'il s'agisse de concentrations (voir le seuil de 25% de parts de marché mentionné au quinzième considérant du règlement n° 4064/89), ou d'exemption par catégories d'accords (voir les seuils de 10 et 20% prévus respectivement par les règlements n° 417/85 et 418/85)⁴⁶⁰.

250. On voit bien qu'alors que la part de marché peut ne pas être un facteur décisif du pouvoir de marché dans le sens de position dominante, elle l'est dans le sens de l'application du règlement d'exemption verticale.

⁴⁵⁹ Règlement n° 17 du Conseil : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE 13 du 21 fév. 1962, p. 204/62, modifié en dernier lieu par le Règlement (CE) n° 1216/1999 du Conseil du 10 juin 1999, JOCE L 148 du 15 juin 1999.

⁴⁶⁰ Suivi du Livre vert, p. 27.

251. On peut aussi trouver l'application de la zone de sécurité dans les accords de coopération horizontale qui s'appuient sur les seuils de parts de marché pour évaluer si un accord jouit de l'exemption de l'article 101§3 TFUE. Partant de l'idée communément admise selon laquelle les restrictions horizontales sont plus préjudiciables à la concurrence que les restrictions verticales, les seuils de part de marché fixés par la Commission sont plus stricts pour celles-là que celles-ci. Aussi les accords horizontaux sont-ils traités avec une rigueur plus grande que les accords verticaux. L'exemption catégorielle d'accords horizontaux est régie par des règles spécifiques qui fixent des seuils différents selon le domaine. Un accord de recherche et de développement conclu par des entreprises concurrentes peut être exempté de notification si la part de marché combinée n'excède pas 25%⁴⁶¹. Le seuil fixé pour un accord de production est de 20%⁴⁶². Dans le cas des accords d'achat et ceux de commercialisation, il n'existe pas de règlement d'exemption. La Commission indique cependant dans les Lignes directrices sur les accords horizontaux qu'il est peu probable qu'une coopération dans ces domaines permette aux parties à l'accord de détenir un pouvoir de marché dès lors que leur part de marché cumulée est inférieure à 15%⁴⁶³.

252. L'utilisation des seuils de part de marché pour l'appréciation du pouvoir de marché et ainsi pour l'application des règlements d'exemption est jugée plus commode que celle procédant d'une analyse approfondie de la structure du marché de chaque cas, certes plus fiable mais aussi plus coûteuse et plus longue et qui risquerait de nuire à la sécurité juridique⁴⁶⁴. La recherche des parts de marché passe par une approche spécifique tant aux restrictions verticales qu'aux restrictions horizontales dont au préalable il faut définir les marchés en cause.

253. Indépendamment de la sensibilité d'une restriction de concurrence, la zone de sécurité trouve son application également en matière du contrôle de concentrations.

⁴⁶¹ Règlement (CE) n° 2659/2000 du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81§3 du traité CE à des catégories d'accords de recherche et de développement, JOCE L 304 du 5 déc. 2000, p. 7.

⁴⁶² Règlement (CE) n° 2658/2000 du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81§3 du traité CE à des catégories d'accords de spécialisation, JOCE L 304 du 5 déc. 2000, p. 3.

⁴⁶³ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE C 11 du 14 janvier 2011, p. 1, points 208, 240.

⁴⁶⁴ Suivi du livre vert, *op. cit.*, point 13.

B. Les zones de sécurité dans les fusions

254. L'idée de créer des zones de sécurité pour les opérations de concentration a le même point de départ que celle pour l'application des règlements d'exemption de l'article 101§3 TFUE. Dans le souci de l'efficacité administrative, la Commission a cherché à s'épargner une analyse systématiquement approfondie, longue et coûteuse en définissant des principes de filtrages qui, selon elle, contribue à l'efficacité économique puisqu'ils permettent aux entreprises d'évaluer précocement la nature des contraintes réglementaires susceptibles de peser sur eux⁴⁶⁵. En se fondant sur le constat qu'une faible part de marché ne permet pas à une entreprise, sauf circonstances particulières, d'avoir un pouvoir de marché suffisamment significatif pour entraver la concurrence, le Règlement 139/2004 définit un seuil en part de marché au-dessous duquel une opération de concentration est présumée compatible avec le marché commun. Le considérant 32 du Règlement dispose qu'est compatible avec le marché commun l'opération dont les parts de marché détenues par les entreprises concernées n'excèdent pas 25% ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci⁴⁶⁶. Alors s'il est constaté que la nouvelle entité issue d'une opération de concentration ne détiendra qu'une part de marché inférieure à 25%, l'opération se situe dans la zone de sécurité, l'absence d'entrave à la concurrence effective et la compatibilité de l'opération avec le marché commun sont présumées. Aucune autre recherche n'est donc nécessaire à poursuivre.

255. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Règlement en 2004, la Commission a déclaré compatible avec le marché commun dès la phase I un certain nombre d'opérations dont les parties concernées disposaient d'une part de marché cumulée inférieure à 25% post-concentration. Dans l'opération de *Repsol/Shell Portugal*⁴⁶⁷, la part de marché des parties concernées sur le marché de détail pour les carburants à l'issue de l'opération est de 10 à 20%. La Commission a prononcé que la part de marché combiné de l'entité exclut en elle-même la possibilité de l'opération de conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante⁴⁶⁸. L'opération a été approuvée sans conditions. De même, la Commission a également conclu dans l'acquisition du groupe *Actebis* par Arques Industrie AG que l'opération

⁴⁶⁵ N. PETIT, Droit européen de la concurrence, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁶⁶ V. également Lignes directrices sur les concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 18.

⁴⁶⁷ Décision de la Commission du 13 septembre 2004, COMP/M.3516, *Repsol/Shell Portugal*, JOUE C 272 du 6 novembre 2004.

⁴⁶⁸ *Id.*, pt. 16.

ne poserait pas de problème de concurrence dans la mesure où la part de marché cumulée des parties serait relativement faible dans les États membres. Leur part de marché combinée dans l'espace économique européenne représentait en effet moins de 10% et celle en Autriche moins de 15%⁴⁶⁹.

256. Dans le système vietnamien du contrôle des concentrations, une opération de concentration dont les entreprises fusionnantes détiennent une part de marché cumulée de 30% à 50% du marché en cause n'est pas interdite à condition que l'opération soit notifiée par le représentant légal des entreprises parties à l'autorité de la concurrence. Une opération sera donc autorisée à moins que les parts de marché cumulées soient inférieures à 50%. Le niveau retenu de ce seuil comme constituant la zone de sécurité pose toutefois problème. En effet, il convient de rappeler que 96% des entreprises vietnamiennes sont des petites et moyennes entreprises, il est rare qu'une concentration génère à l'entité nouvelle une part de marché supérieure à 50%. Selon les statistiques les plus récentes⁴⁷⁰, la plupart des concentrations est d'une taille moyenne dont les parts de marché combinées sont à l'horizon de 30% du marché en cause. Il nous semble donc que le seuil de 50% constituant la zone de sécurité soit un peu trop large, ce qui pourrait omettre des transactions qui restreignent éventuellement la concurrence sur le marché. Il est à noter par ailleurs que depuis l'entrée en vigueur de la Loi de la concurrence de 2004, aucune opération de concentration n'a été interdite par l'autorité de la concurrence⁴⁷¹. Par conséquent, il est nécessaire que le seuil déterminant la zone de sécurité soit modifié d'une manière permettant de mieux filtrer les opérations. Dans ce sens, un seuil de 30% serait plus pertinent. Au-delà de 30%, il convient d'effectuer une analyse plus poussée de la concurrence pour déterminer si les préoccupations en cas de la réalisation de l'opération sont justifiées.

257. En tout état de cause, on ne peut nier que les seuils de part de marché ont permis aux autorités européenne comme vietnamienne de la concurrence d'économiser leurs ressources étant

⁴⁶⁹ Décision de la Commission du 27 septembre 2007, COMP/M.4866, *Arques/Actebis*, JOUE C 268 du 10 novembre 2007, paras. 13-16.

⁴⁷⁰ V. Rapport de l'Autorité de la concurrence sur les concentrations économiques au Vietnam en 2014, disponible sur le site <http://www.vca.gov.vn/Bublications.aspx?CateID=18> (consulté le 4 oct. 2014).

⁴⁷¹ La fusion entre les deux sociétés fournisseuses de systèmes de paiement électroniques BankNetVN et Smartlink représentait la seule opération dont les parts de marché cumulées des parties sont supérieures à 50% (la nouvelle entité serait en position monopole en détenant 100% du marché en cause) et qui tombe sous l'interdiction de la Loi de la concurrence. L'opération a cependant bénéficié d'une exemption pour les progrès technique et technologiques qu'elle créera, contribuant au développement socio-économique et étant conforme à la Politique de l'État d'établir une Union de commutation unifiée afin de renforcer le paiement dématérialisé.

limitées en se dispensant d'une analyse systématiquement approfondie, longue et coûteuse du risque de restriction de concurrence créé par des concentrations non problématiques. Il s'agit d'un outil idéal pour l'administration en charge du contrôle des concentrations.

258. Le seuil de sensibilité est devenu un mécanisme fréquemment utilisé en droit européen de la concurrence. L'exigence d'un tel seuil constitue la condition de la mise en œuvre de l'article 101 TFUE. En matière de contrôle des concentrations, il allège les enquêtes que doivent mener les autorités. Le choix de déterminer le seuil en part de marché est motivé par l'intérêt que revêt ce critère. D'une part, la constatation d'une faible part de marché permet aux autorités d'aboutir à la conclusion, sans devoir effectuer des analyses approfondies, que l'accord ou l'opération en cause ne pose pas de problèmes de concurrence. D'autre part, la part de marché apparaît le critère le plus adapté pour cerner la réalité économique tout en offrant le plus de sécurité juridique aux entreprises. Après plus de cinquante ans d'application à de nombreuses affaires, ce critère est très largement considéré comme l'indicateur le meilleur pour établir une zone de sécurité en matière de concurrence. Cela démontre le rôle instrumental de la délimitation du marché pour l'application de l'article 101 TFUE et du Règlement 139/2004.

259. Ce rôle de la délimitation du marché se reflète encore dans un autre mécanisme qui n'existe que dans le droit européen – le mécanisme de renvoi entre autorités nationales et européenne en matière de contrôle des concentrations.

§2. Les mécanismes de renvoi entre autorités nationales et européenne

260. Le Règlement 139/2004 sur les concentrations prévoit qu'il s'applique à toutes les concentrations qui sont de dimension communautaire⁴⁷². Les législations nationales doivent être

⁴⁷² Le Règlement 139/2004 définit la dimension européenne en chiffre d'affaires selon lequel il y a deux séries de seuils. La première série de seuils concerne les concentrations les plus importantes qui sont donc de grande dimension européenne lorsque « a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre ». La deuxième série de seuils étant une série supplémentaire de seuils vise des concentrations transnationales de taille plus petite. Une opération est donc de la petite dimension européenne lorsque « a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ; b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ; c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des

écartées à de telles opérations⁴⁷³. Cette exclusivité n'est cependant pas absolue. Le Règlement fait en effet preuve de flexibilité en créant des mécanismes de renvoi des opérations entre autorités nationales et européenne. Ces mécanismes permettent d'une part, l'intervention exceptionnelle des États membres à des concentrations de dimension européenne et d'autre part, une extension communautaire des opérations dépourvue de cette dimension.

261. Par rapport à l'ancien Règlement 4064/89, le nouveau Règlement 139/2004 présente des innovations dont l'une est la possibilité pour les parties à la concentration de demander un renvoi préalable à la notification. Les conditions de renvoi sont exposées dans le Règlement et précisées dans la Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations⁴⁷⁴.

262. En vertu de l'article 22 (*clause allemande*), paragraphe 1 du Règlement, des États membres peuvent renvoyer une affaire à la Commission si deux critères juridiques sont remplis : (i) la concentration doit affecter le commerce entre États membres ; et (ii) elle doit menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui forment cette demande. Ces conditions de fond sont, pour l'essentiel, également appliquées à la demande de renvoi faite par les parties à la concentration en pré-notification.

263. Pour le mécanisme inverse, une concentration soumise *a priori* au contrôle de la Commission peut être renvoyée partiellement ou entièrement par celle-ci aux autorités compétentes de l'État membre concerné lorsqu'une des deux conditions est satisfaite : soit (i) la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de l'État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct ; soit (ii) la concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de l'État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun⁴⁷⁵. Ces deux conditions sont, en terme de fond, les mêmes. L'unique différence consiste dans la précision de la deuxième condition que le marché distinct

entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre », article 1^{er} §1, 2.

⁴⁷³ *Id.*, article 21§3.

⁴⁷⁴ La communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE C 56 du 5 mars 2005.

⁴⁷⁵ Règlement n° 139/2004, *op. cit.*, article 9§2 (*clause hollandaise*)

« *ne constitue pas une partie substantielle du marché commun* ». Cette différence n'a d'intérêt qu'au regard de la procédure et non pas au regard d'appréciation.

264. Ainsi, un renvoi à la Commission ou à un État membre est subordonné à la démonstration de l'existence d'une menace d'affectation significative de la concurrence (*B*) sur un marché distinct (*A*).

A. La notion de « marché distinct »

265. Au sens de l'article 9§2 du Règlement, la notion de « marché distinct » se réfère au marché géographique de référence *qui est « constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles qui prévalent sur ces territoires »*⁴⁷⁶. Cette définition est en réalité la délimitation du marché géographique en cause. La suite du paragraphe 7 de l'article 9 intègre encore des facteurs à prendre en compte pour cette appréciation, lesquels correspondent bien à la théorie du marché en cause. Selon le texte, « *il convient notamment de tenir compte de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée, de préférences des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences considérables de parts de marché des entreprises ou de différences de prix substantielles* ».

266. Il convient de noter que les critères d'appréciation du « marché distinct » demeurent les mêmes dans l'ancien et le nouveau règlement sur les concentrations. Les critères d'appréciation ont été utilisés par la Commission et conditionnaient son accueil de la demande des États membres dans plusieurs affaires.

267. Elle a ainsi accordé le renvoi sollicité dans l'affaire *CDC/Veolia Environment/Transdev/Veolia Transport*⁴⁷⁷ qui concernait l'acquisition du contrôle commun de *Veolia Transdev* par deux entreprises, *Veolia Environment* et *Caisse des Dépôts et Consignations*

⁴⁷⁶ *Id.*, article 9§7.

⁴⁷⁷ Décision de la Commission du 12 août 2010, COMP/M.5741, *CDC/Veolia Environment/Transdev/Veolia Transport*, JOUE C 266 du 1 oct. 2010. V. également décisions de la Commission du 8 août 2005, COMP/M.3823, *MAG/Ferrovial Aeropuertos/Exeter Airport*; du 20 oct. 2000, COMP/M.2154, *C3D/Rhone/Go-Ahead*, JOCE C 49 du 28 fév. 2006.

(CDC), actives sur les marchés de transport de passagers dont les chiffres d'affaires justifiaient que l'opération était de dimension européenne. La France et les Pays-Bas ont invoqué la clause allemande à propos d'une menace d'affectation significative de la concurrence sur des marchés situés sur leurs territoires présentant les caractéristiques de marchés distincts. Ils ont ainsi demandé à la Commission de renvoyer à leurs autorités nationales de concurrence les volets de la concentration concernant les marchés français et néerlandais. Considérant que le marché du transport urbain en France fonctionnait par appels d'offres passés par les autorités organisatrices de transport et qu'il existe des barrières empêchant les opérateurs étrangers à répondre aux appels d'offres dans ce secteur en France et ainsi à s'y implanter: prenant en compte les appels d'offres publiés en français, des considérations de nature politique, l'existence de problématiques sociales complexes dans le transport urbain français, la Commission a estimé que les marchés du transport urbain hors Île-de-France, du transport routier interurbain et des transports publics de voyageurs en Île-de-France étaient d'une dimension nationale, voire infranationale et devait être considéré comme un marché distinct au sens de l'article 9.

268. De même, dans l'affaire *SESA/DISA/SAE/JV*⁴⁷⁸ était en cause la concentration par laquelle les entreprises *Shell España SA* et *Disa Corporación Petrolífera SA* acquièrent le contrôle en commun de l'entreprise *Shell Aviation España SL*. La Commission a considéré que constituaient un marché distinct les marchés espagnols de l'approvisionnement en carburants d'aviation, de la fourniture de services de mise à bord ainsi que du stockage de produits pétroliers et des services logistiques y afférents. En effet, ces marchés présentaient des caractéristiques permettant de les qualifier de dimension nationale, voire locale. En raison des contrats d'approvisionnement spécifiques aéroportuaires et des infrastructures spécifiques de ravitaillement en carburant à chaque aéroport, le marché géographique de la fourniture de services de mise à bord est délimité à un aéroport particulier⁴⁷⁹. Pour le marché du stockage de produits pétroliers, il a été constaté que les installations de stockage situées dans des différentes îles n'étaient pas des substituts proches car aucune de ces installations de stockage n'est reliée par des pipelines. Par conséquent, sa dimension géographique est limitée à chaque île. La

⁴⁷⁸ Décision de la Commission du 21 juin 2012, COMP/M.6525, *SESA/DISA/SAE/JV*, non publiée au JO. V. également décisions de la Commission du 15 mars 2010, COMP/M.5637, *Motor Oil (Hellas) Corinth Refineries/Shell overseas Holdings*, paras. 36 et 58 ; du 4 nov. 2010, COMP/M.5880, *Shell/Topaz.JV*, paras. 19-21 ; du 9 fév. 2000, COMP/M.1628, *TotalFina/Elf*, paras. 30-37.

⁴⁷⁹ Décision de la Commission du 21 juin 2012, COMP/M. 6525, *SESA/DISA/SAE/JV*, para. 44.

Commission a ajouté que si un marché régional devait être considéré, il ne dépasserait pas l'archipel des îles Canaries, lequel a été finalement retenu⁴⁸⁰. Enfin, compte tenu de la localisation des raffineries et des dépôts d'importation (les sources des produits raffinés fournissent diverses régions par les pipelines et les trains ou par d'autres moyens de transport sur des distances comprises entre 30 et 50 kms dans les zones peuplées et de 150 kms dans d'autres parts), le marché géographique des services logistiques a été considéré de dimension régionale⁴⁸¹.

269. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Règlement le 1^{re} mai 2004, la Commission a également accordé un certain nombre de renvoi sollicité par les parties à l'opération. Dans l'affaire *HTM Group/Media Concorde SNC*, par exemple, les parties ont demandé le renvoi de la concentration vers la France. L'opération concernait une prise de contrôle exclusif de la société *Media Concorde SNC* par *HTM Group*, actives toutes les deux dans la distribution de produits électrodomestiques dont les chiffres d'affaire satisfaisaient les seuils de la dimension européenne. La Commission a accordé le renvoi sollicité en estimant que le marché géographique de la distribution de produits électrodomestiques était national (un consommateur est prêt à réaliser un trajet en voiture d'une durée de 20 à 45 minutes afin d'atteindre un magasin qui vend des produits électrodomestiques)⁴⁸².

270. Pour qu'un renvoi soit accordé, il faut démontrer encore que la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres.

B. La menace d'affectation significative de la concurrence

271. Lorsqu'un État membre ou les parties à l'opération sollicitent un renvoi, il faut qu'ils démontrent, à partir d'une analyse préliminaire, qu'il existe un risque réel que la concentration ait des effets néfastes significatifs sur la concurrence et donc qu'elle mérite un examen approfondi⁴⁸³. Il s'agit en fait d'une appréciation globale des impacts de l'opération à la concurrence. L'existence d'un impact significatif à une concurrence effective s'apprécie en fonction du temps du pouvoir de marché, actuel ou potentiel, et d'une estimation prospective

⁴⁸⁰ *Id.*, para. 48

⁴⁸¹ *Id.*, para. 50.

⁴⁸² Décision de la Commission du 24 jan. 2011, COMP/M. 6094, *HTM Group/Media Concorde SNC*, non publiée au JO, paras. 19-21.

⁴⁸³ Sous l'empire de l'ancien Règlement 4064/89, les demandeurs doivent démontrer l'existence d'une menace de création ou de renforcement d'une position dominante.

raisonnable d'un ensemble de facteurs, notamment la substituabilité de la demande et de l'offre, la présence de barrières à l'entrée, le degré de concentration du marché, la transparence du marché ou encore le caractère innovateur ou non du marché. Cette appréciation est en général cohérente avec celle effectuée par la Commission dans son examen d'une concentration en Phase I qui est précisé dans les sections précédentes et il ne mérite pas d'examen particulier.

272. À titre d'exemple, reprenons l'affaire *CDC/Veolia Environment/Transdev/Veolia Transport* précitée, l'autorité française de la concurrence a estimé que l'opération conduirait à la création, sur le marché du transport urbain hors Île-de-France, du premier opérateur en nombre de réseaux opérés (représentant 40 – 50%) et du deuxième opérateur en termes de chiffre d'affaires (représentant 30 – 40%)⁴⁸⁴. Par ailleurs, la part de marché cumulée des parties sur un éventuel marché distinct des modes de transport urbains « lourds » hors Île-de-France serait substantiellement élevée, atteignant 60 – 70%⁴⁸⁵. Le nombre de candidatures aux appels d'offres qui est déjà très faible serait réduit sur ce marché en cause. En outre, la contrainte concurrentielle exercée par l'une sur l'autre partie à l'opération est très forte. Par conséquent, le risque d'effets unilatéraux que l'opération pourra entraîner est très grand. D'autre part, compte tenu de la relative stabilité des parts de marché et d'un degré important de transparence du marché, l'autorité française de la concurrence a déclaré qu'un risque d'effets coordonnés sur le marché ne pouvait pas, à ce stade, être écarté⁴⁸⁶. Il résulte de ces analyses préliminaires que la concentration affecterait significativement la concurrence sur le marché du transport urbain hors Île-de-France.

273. Les analyses pareilles pour les marchés du transport routier interurbain et des transports publics de voyageurs en Île-de-France ont fait également apparaître que l'opération menace d'affecter de manière significative la concurrence sur ces marchés.

274. Vu que les deux conditions, telles qu'elles résultent de l'interprétation de l'article 9, sont réunies, la Commission a accordé le renvoi sollicité.

275. Bien qu'il ne soit pas indiqué qu'une demande de renvoi doit comporter une délimitation du marché, les conditions imposées pour qu'un renvoi soit possible contiennent des éléments qui se rapprochent de la théorie du marché pertinent. La notion de « marché distinct » suppose la

⁴⁸⁴ Décision de la Commission du 12 août 2010, COMP/M.5741, *CDC/Veolia Environment/Transdev/Veolia Transport*, *op. cit.*, para. 22.

⁴⁸⁵ *Id.*, para. 23.

⁴⁸⁶ *Id.*, para. 28.

même délimitation du marché géographique en cause et la condition d'une menace d'affectation significative de la concurrence suppose l'appréciation du pouvoir de marché des entreprises concernées. Pour dire les choses d'une manière plus simple, la réalisation de ces conditions exige que les analyses préliminaires qui sont effectuées en Phase I de l'examen d'une opération de concentration de la Commission et qui comportent en premier lieu la délimitation du marché doivent être exposées dans la demande de renvoi.

276. L'ensemble des analyses exposées a permis de démontrer à quel point le recours à la délimitation du marché pertinent dépasse le cadre de l'analyse substantielle des effets concurrentiels pour être un instrument de détermination du champ d'application du droit européen de la concurrence. Dans le domaine de l'entente, la délimitation du marché détermine si l'article 101§1 TFUE est inapplicable ou si l'article 101§3 TFUE est applicable lorsqu'un accord ne dépasse pas un certain seuil de sensibilité qui est exprimé en part de marché. De même, une opération de concentration échappe à l'interdiction du Règlement 139/2004 dès lors qu'elle se situe dans la zone de sécurité. La définition des seuils de sensibilité en part de marché offre d'une part aux entreprises la possibilité d'auto-évaluation qui devrait les détourner du recours systématique à une notification pour dissiper leurs doutes. Elle offre d'autre part aux autorités de concurrence un outil idéal qui leur permet d'alléger les investigations et ainsi de pouvoir se concentrer aux affaires importantes qui exigent de déployer de plus grande énergie et d'expertise. Dans le domaine de renvoi entre autorités nationales et européenne tout à fait distinct, la détermination du marché pertinent apparaît plus évidente car les conditions de renvoi imposées se rapprochent de la théorie du marché pertinent.

277. En dehors de la définition du champ d'application du droit de la concurrence, l'exigence de la délimitation du marché se trouve encore dans deux autres domaines : la fixation des sanctions en matière de concurrence et les décisions de renvoi préjudiciel.

Section 2. La délimitation du marché pertinent en matière de sanctions et de renvoi préjudiciel

278. En droit communautaire comme en droit vietnamien de la concurrence, les autorités de concurrence ont obtenu le pouvoir de sanctionner les pratiques qui enfreignent les règles de droit. S'il existe au Vietnam les deux grands types de sanctions : sanction pénale et sanction administrative, au niveau européen, l'amende administrative est le seul et unique instrument dont

dispose la Commission pour dissuader les entreprises d'adopter des comportements anticoncurrentiels et, le cas échéant, sanctionner de tels comportements. Les amendes imposées par la Commission ont ainsi vu leur montant augmenter de façon spectaculaire, notamment depuis l'entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003 qui a marqué une évolution de l'application de sanction en droit européen de la concurrence. L'appréciation de la sanction pécuniaire nécessite d'abord d'évaluer le dommage causé par l'infraction avant de calculer le montant de l'amende à infliger. Les analyses économiques des effets des pratiques anticoncurrentielles et les méthodes de calcul de l'amende retenues dans les deux systèmes européen et vietnamien appellent une nécessité de la délimitation du marché pertinent (§1).

279. Dans un autre domaine distinct n'existant que dans le régime européen – le renvoi préjudiciel – la délimitation du marché est explicitement exigée lorsque le juge de la Cour de Justice examine la recevabilité d'une ordonnance de renvoi qui soulève une question d'interprétation du droit de la concurrence de l'UE (§2).

§1. L'appréciation de la sanction

280. Si la sanction pécuniaire est facile à mettre en œuvre, la détermination d'une amende optimale à infliger est un exercice difficile. Difficile parce qu'elle dépend de plusieurs facteurs tant juridiques, économiques que culturels mais avant tout, elle dépend en fonction de quoi la sanction s'apprécie. Il est évident qu'un comportement est sanctionné parce qu'il cause des dommages, mais s'agit-il du dommage causé au marché ? À l'économie ? Ou aux consommateurs ? Si l'on regarde les objectifs des droits européen et vietnamien de la concurrence, on pense immédiatement que c'est le dommage causé aux consommateurs sur lequel doit s'apprécier la sanction. Toutefois, si l'on regarde l'approche adoptée à la fonction de la sanction, prenant le dommage causé aux consommateurs comme critère de détermination des sanctions pécuniaires conduit à redistribuer aux consommateurs le surplus que les entreprises sanctionnées ont pu générer par leur pratique illicite et non pas à compléter la fonction dissuasive. En revanche, si l'on adopte comme critère le dommage causé à l'économie, il peut arriver que le comportement anticoncurrentiel ne soit pas sanctionné. En effet, le dommage causé à l'économie se rapproche d'une analyse fondée sur le seul critère du bien-être global qui se compose du surplus des consommateurs et du surplus des producteurs. Le bien-être global dépend directement des quantités échangées. Alors, lorsque la fonction de demande est

inélastique au prix, le comportement anticoncurrentiel n'entraîne aucune perte de bien-être mais seulement un transfert de surplus des consommateurs vers les producteurs. Le dommage à l'économie est donc nul et il n'y a pas lieu d'infliger des sanctions pécuniaires⁴⁸⁷.

281. Fondé sur la théorie économique et en partant du principe selon lequel les sanctions doivent exercer une fonction dissuasive, plusieurs auteurs⁴⁸⁸ estiment que le dommage qu'il convient de retenir pour la détermination de l'assiette de la sanction est celui qui est égal à la perte de surplus des consommateurs et de la perte de bien-être. S'il faut donner une formule au « dommage », pour éviter la confusion des termes, la formule la plus générale mais aussi la plus simple, le « » nous paraît la plus appropriée.

282. Si le droit de la concurrence est un droit économique⁴⁸⁹, la théorie économique montre qu'il est nécessaire de délimiter le marché pertinent afin d'apprécier la sanction infligée aux infractions causant des dommages concurrentiels (A). Cette exigence est bien établie dans la doctrine juridique et le droit positif (B).

A. La sanction dans la théorie économique

283. Il convient tout d'abord de procéder à l'analyse des éléments constituant le dommage concurrentiel (1) avant de discuter les méthodes permettant de le mesurer (2).

1. L'identification du dommage concurrentiel

284. Dans l'approche économique, le dommage concurrentiel se décompose alors pour l'essentiel en deux éléments bien distincts : la perte de surplus du consommateur (*loss in consumers' surplus*) et la perte de bien-être ou perte sèche (*deadweight loss*⁴⁹⁰).

285. Le premier élément, le surplus du consommateur, se définit comme la différence entre la disposition maximale à payer des consommateurs et le prix pratiqué à l'équilibre⁴⁹¹. Le surplus du consommateur se réduira lorsque le consommateur qui continue d'acheter le produit le paie plus cher. La perte de surplus du consommateur correspond à la somme du surprofit générée par

⁴⁸⁷ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁸⁸ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 8^e éd., 2011 ; E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels? Une perspective économique », *préc.*

⁴⁸⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, *préc.*, p. 28.

⁴⁹⁰ E. COMBE, « Le dommage à l'économie et sanction pécuniaire : Une introduction économique », *Concurrences*, n° 4-2010.

⁴⁹¹ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *op. cit.*, p. 86.

l'entreprise par la hausse des prix de leur produit. Il s'agit d'un transfert de surplus du consommateur vers le producteur. Dans le cas où l'élasticité de la demande au prix est faible, la perte de surplus du consommateur se traduit par une augmentation du surplus des entreprises ayant mise en œuvre ces pratiques. Si une augmentation du prix du produit est mise en œuvre et que les consommateurs sont captifs, cela entraîne un transfert total du surplus du consommateur vers le producteur.

286. Le second élément, la perte sèche, correspond à une perte d'efficacité économique imputable au comportement anticoncurrentiel. Autrement dit, elle est la perte de surplus total découlant d'un comportement qui réduit la quantité échangée en dessous de la quantité d'équilibre de marché efficace.

287. Si l'identification du dommage concurrentiel se révèle simple, sa mesure est beaucoup plus complexe.

2. La mesure du dommage concurrentiel

288. Théoriquement, l'évaluation du dommage concurrentiel repose sur l'identification de la situation « *contrefactuelle* », c'est-à-dire la situation qui aurait prévalu en l'absence de la pratique concernée. Deux éléments traditionnels essentiels doivent être déterminés : le prix et la demande. Il faudra en effet déterminer tout d'abord quels auraient été les prix appliqués si la pratique n'avait pas eu lieu et ensuite quel volume d'échange associé à ces prix contrefactuels. La comparaison entre la situation contrefactuelle et celle résultant de la pratique, autrement dit entre les situations avant et après la mise en œuvre de la pratique, permet de mesurer le surpris payé par les consommateurs. Une fois ce surpris mesuré, il est possible d'établir le volume d'échanges en fonction de l'élasticité de la demande. Ces deux éléments permettent d'apprécier la perte de surplus du consommateur et, partant, la perte sèche. Il est particulièrement à noter que l'importance de la perte de surplus du consommateur est fonction du pouvoir de marché de l'entreprise ou de l'élasticité de la demande.

289. La controverse porte sur l'estimation des prix contrefactuels. Diverses méthodes empiriques dans l'économie peuvent être mobilisées : méthode avant/après (*benchmarks ou before-and-after method*), méthode étalon (*yardstick*), méthode des doubles différences (*different in different method*), méthodes fondées sur les coûts (*cost plus method*), analyses de simulation

(*simulation analysis*)⁴⁹². Bien que la mise en œuvre de ces méthodes implique des degrés de sophistication très variables, les paramètres qui doivent être pris en compte sont connus: la taille du marché affecté, l'élasticité de la demande, la structure et les spécificités du marché, et la durée de la pratique. En toute rigueur, il ne peut s'agir que d'un marché délimité sur lequel s'effectuent ces analyses.

290. Une fois le dommage à l'économie mesuré, il est nécessaire de savoir de quelle manière cette mesure peut intervenir dans la détermination de la sanction pécuniaire. Il convient de noter que la sanction pécuniaire dans le droit communautaire ne prend pas comme base de calcul la totalité du dommage concurrentiel causé par la pratique anticoncurrentielle mais seulement le gain illicite, c'est-à-dire le transfert de surplus⁴⁹³. Dans notre sens, il ne s'agit pas d'une approche pertinente. Deux éléments interviennent à expliquer. Le premier est la tentative de l'entreprise d'enfreindre les règles de concurrence. En effet, avant de décider d'exercer une pratique qui est qualifiée d'anticoncurrentielle, l'entreprise compare ce qu'elle pourra en tirer et le risque d'être sanctionnée. Dans sa décision de commettre l'infraction, elle ne tient compte que du gain illicite qu'elle va réaliser et non de la perte de bien-être pour la société (perte sèche). Cela ne signifie cependant pas qu'elle n'est sanctionnée que pour le gain illicite tiré si elle est découverte. Bien au contraire, nous pensons que l'entreprise doit être responsable de tout dommage causé par sa pratique en son entier, que ce dommage soit envisagé ou non dans sa décision.

291. Deuxièmement, si l'on ne tient compte que du gain illicite, c'est-à-dire seul le transfert de surplus du consommateur vers l'entreprise, il apparaît que la sanction pécuniaire n'est simplement qu'une restitution aux consommateurs surtaxés du gain que l'entreprise a illicitement acquis. Or, la fonction principale de la sanction en droit communautaire est la dissuasion. La Commission indique clairement dans ses nouvelles Lignes directrices en matière de sanction

⁴⁹² V. D. SEVY, « L'évaluation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, n° 4-2010 ; D. L. RUBINFELD, « Antitrust Damages », in *Workshop of the EC on the quantification of antitrust harm in actions for damages*, 26 janvier 2010, disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/rubinfeld.pdf> (consulté le 10 oct. 2014) ; J. McCRARY & D. L. RUBINFELD, « Measuring Benchmark Damages in Antitrust Litigation », in *Workshop of the EC on the quantification of antitrust harm in actions for damages*, 26 January 2010, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/rubinfeld_mccrary.pdf (consulté le 10 oct. 2014) ; P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, 2010.

⁴⁹³ E. COMBE, « Le dommage à l'économie et sanction pécuniaire : Une introduction économique », *op. cit.*

qu'elle doit veiller au caractère dissuasif de l'action de l'entreprise afin de poursuivre une politique générale visant à appliquer en matière de concurrence les principes fixés par le traité et que par conséquent, il y a lieu de fixer les amendes à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement en vue de sanctionner les entreprises en cause, mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 du traité ou de continuer de tels comportements⁴⁹⁴. L'amende imposée sur le seul gain illicite est loin d'être en mesure de donner un signal dissuasif. Par ailleurs, même si la sanction peut permettre une redistribution aux consommateurs surtaxés du gain illicitement acquis, il reste toujours la perte sèche supportée, entre autres, par ceux à qui elle n'est pas restituée.

292. La détermination du montant de la sanction est exposée à l'article 23 du nouveau Règlement CE 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁴⁹⁵ et bien précisée dans les nouvelles Lignes directrices pour le calcul des amendes. Nous verrons que la fixation du montant des sanctions nécessite également une délimitation préalable du marché en cause.

B. La sanction dans la doctrine juridique et le droit positif

293. La doctrine juridique communautaire reconnaît qu'il est nécessaire de délimiter le marché pertinent pour l'appréciation de la sanction (1). Cette position est bien claire dans le droit positif (2).

1. Dans la doctrine communautaire

294. Il est utile de rappeler que la seule véritable sanction dont dispose la Commission est l'imposition d'amendes aux entreprises sanctionnées. La sanction pécuniaire est sans doute la plus simple à mettre en œuvre. Elle doit cependant respecter certains critères. En effet, la sanction ne doit pas être arbitraire. Elle doit dépendre de la gravité du comportement des entreprises mais elle doit aussi être proportionnée à leur situation⁴⁹⁶. Le principe de

⁴⁹⁴ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JOUE C 210/02 du 1^{er} septembre 2006 (ci-après « Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006 »), pt. 4.

⁴⁹⁵ JOUE L 1 du 4 janvier 2003.

⁴⁹⁶ Cf. LUCAS DE LEYSSAC & G. PARLEANI, *Droit du marché*, Paris, PUF, coll. *Thémis*, 1^{re} éd., 2002, p. 966.

proportionnalité est un des principes fondamentaux du traité sur l'Union européenne⁴⁹⁷. Il est pris en considération par la Commission dans sa détermination du montant de la sanction. Il est également pris en compte par la Cour de Justice lorsque celle-ci se prononce sur les amendes infligées par la Commission⁴⁹⁸. Dans les droits nationaux, il est explicitement indiqué dans le droit français de la concurrence qui exige que la sanction soit proportionnée, entre autres, au dommage causé à l'économie⁴⁹⁹. Ce principe permet de déterminer l'assiette de la sanction de façon que celle-ci participe, d'une part, au rétablissement de la concurrence sur le marché et ait l'effet, d'autre part, de dissuader les autres entreprises d'entreprendre des pratiques anticoncurrentielles. Il est important de préciser que si le dommage concurrentiel fournit la base à partir de laquelle est établie l'assiette de la sanction, il est celui causé à la concurrence du marché pertinent et non à la concurrence en général⁵⁰⁰. Ce qui impose que ce marché soit préalablement délimité. Cette opinion est soutenue par plusieurs auteurs⁵⁰¹. Elle trouve son large soutien dans le droit positif.

2. Dans le droit positif

295. Le droit positif communautaire a connu une réforme considérable en matière de sanction lorsque de nouvelles lignes directrices affinent la méthodologie de la Commission pour infliger des amendes plus dissuasives aux entreprises qui adoptent des comportements contraires aux règles de concurrence. Le nouveau mode de calcul des amendes qui repose désormais sur la valeur des ventes, pour être en mis en œuvre, nécessite que soient déterminés, avant tout, les produits liés, de façon directe ou indirecte, à l'infraction et l'étendue géographique de

⁴⁹⁷ L'article 5.4 du Traité sur l'Union européenne. Le principe est présent dans une série d'articles des Traités européens comme tel l'article 12 du Traité sur l'Union européenne, les articles 69, 276 et 296 du TFUE.

⁴⁹⁸ V. par exemple, arrêt de la CJCE du 6 mars 1974, *Instituto Chemioterapico Italiano et Commercial solvents corporation c./ Commission*, aff. jtes C-6 et 7/73, *Rec.* p. 223, paras. 51-52. Les législateurs français ont inspiré de la jurisprudence communautaire en intégrant ce principe de proportionnalité dans le texte de l'article 13 de l'Ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, lequel est devenu l'article L 464-2.I du Code de commerce. Selon le texte, la sanction doit être proportionnée en fonction de quatre critères : gravité des faits, importance du dommage causé à l'économie, situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient, et éventuelle réitération des pratiques prohibées.

⁴⁹⁹ Code de commerce français, l'Article L.464-2.

⁵⁰⁰ Voir M. le Conseiller J. LEONNET in « La Cour de cassation juge de la concurrence », *Contrats-Concurrence-Consommation*, février 1993, p. 2.

⁵⁰¹ N.DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, coll. « Études », 2000, p. 118 ; Observation de Claire FAVRE lors de la table ronde sur la « Délimitation du marché et entente », Colloque sur la « Conquête de la clientèle et droit de la concurrence » du Centre de recherche sur le droit des affaires, le 6 décembre 2000, *Gaz Pal. Cah. Dr. Conc.*, n° 313-314 du 9-10 nov. 2001, et disponible sur le site <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/conquete-clientele-actes.pdf> ; Cl. LUCAS DE LEYSSAC & G.PARLÉANI, *Droit du marché*, op.cit., p. 48 et 966.

l'infraction. Dans une même tendance de renforcer une sanction dissuasive, le droit vietnamien a également augmenté le niveau de la sanction et affiné les facteurs à prendre en compte dans la détermination du montant de l'amende. Bien que la méthode de calcul dans les deux régimes soit différente, leur mise en œuvre exige toutes les deux que soit délimité le marché en cause. Nous examinerons tour à tour cette exigence dans le droit communautaire (a) et le droit vietnamien de la concurrence (b).

a. Le droit communautaire

296. Dans les Lignes directrices de 2006, la Commission réforme son mode de calcul des amendes en mettant fin à leur logique forfaitaire. En fait, il convient de constater que la structure générale de calcul des amendes retenue par les anciennes Lignes directrices de 1998⁵⁰² est conservée : le montant des amendes est calculé à partir d'un montant de base en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction dans un premier temps et est ajusté à la hausse ou à la baisse en fonction des circonstances dans un deuxième temps. La réforme consiste notamment dans le calcul du montant de base de l'amende. En effet, ce montant est désormais déterminé en reposant sur la combinaison, d'une part, d'un pourcentage de *la valeur des ventes* en relation avec l'infraction et, d'autre part, de la durée de l'infraction. Le critère de la valeur des ventes marque ainsi la fin de la logique forfaitaire des anciennes lignes directrices et devient la pierre angulaire du calcul des amendes⁵⁰³.

297. La valeur des ventes considérée est celle de biens ou services, réalisée par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE⁵⁰⁴. Deux éléments sont à préciser.

298. Le premier élément concerne l'aspect matériel. La valeur des ventes est celle « *de biens ou services en relation directe ou indirecte avec l'infraction* ». Bien que la formule ne se réfère pas à un marché pertinent, la jurisprudence montre que les ventes à prendre en compte sont celles réalisées sur le marché pertinent. Dans l'affaire *Putters International*, le Tribunal a rejeté l'argument de la requérante faisant valoir que ce n'est pas le chiffre d'affaires total des services

⁵⁰² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5 du Traité CECA, JOCE C 9 du 14 janv. 1998 (ci-après « Lignes directrices pour le calcul des amendes de 1998 »).

⁵⁰³ E. BARBIER DE LA SERRE, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *Revue Lamy de la concurrence*, octobre-décembre 2006, n° 9, p. 14-23, spéc. p. 15-16.

⁵⁰⁴ Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006, pt. 13.

de déménagements internationaux qui doit être pris en compte, mais un chiffre d'affaires qui a trait aux services qui peuvent raisonnablement être reliés, directement ou indirectement, aux infractions qu'elle a commises. Il a déclaré que les ventes à prendre en compte n'étaient pas celles affectées par l'infraction mais celles réalisées sur le marché pertinent. Il a encore observé que cela ressortait très clairement de la version allemande du paragraphe 6 des Lignes directrices de 2006, dans lequel il est question de l'« *Umsatz auf den vom Verstoß betroffenen Märkten* » (ventes réalisées sur les marchés concernés par l'infraction)⁵⁰⁵. Cette interprétation de ladite formule retenue par le Tribunal a été confirmée par la Cour de Justice⁵⁰⁶. Alors il ne s'agit pas de la valeur globale de l'entreprise mais de celle des produits sur le(s) marché(s) sur le(s)quel(s) est commise l'infraction. En d'autres termes, ce sont les produits sur un marché sur lequel la pratique sanctionnée produit de façon directe ou indirecte des effets anticoncurrentiels.

299. Le deuxième élément concerne l'aspect géographique. Ce sont les ventes réalisées sur un marché à l'intérieur du territoire de l'EEE qui doivent être prises en compte. Ce faisant, il faut procéder, tout d'abord, à la définition du marché géographique en cause. La Commission a toutefois prévu une règle spécifique pour le calcul de la valeur des ventes pour les infractions dont l'étendue géographique dépasse le territoire de l'EEE. Elle détermine la part de marché de chaque entreprise concernée dans la zone géographique pertinente et applique cette part aux ventes de l'ensemble des entreprises dans l'EEE pour obtenir la valeur des ventes de chaque entreprise à prendre en compte aux fins de la détermination du montant de l'amende⁵⁰⁷. La Commission a adopté cette approche dans l'affaire *Transformateurs de puissance* en déclarant que puisque le *Gentlemen's Agreement* était un accord de partage du marché, les parties japonaises n'ont effectué aucune vente dans l'EEE, alors la prise en compte des seules ventes dans l'EEE entraînerait le fait que l'amende de ces dernières sera nulle et qu'elles seraient donc récompensées pour s'être conformées à l'arrangement convenu au sein du cartel⁵⁰⁸. La Cour de Justice lui a donné toute raison et rejeté le pourvoi de Toshiba⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Arrêt du Tribunal du 16 juin 2011, *Putters International c./ Commission*, T-211/08, *Rec.* p. II-3729, para. 59. V. également arrêt du Tribunal du 16 juin 2011, *Team Relocations c./ Commission*, T-204/08 et T-212/08, *Rec.* p. II-3569, para. 63 (pourvoi : affaire devant la CJUE C-444/11P, voir la note suivante).

⁵⁰⁶ V. arrêt de la CJUE du 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a. c./ Commission*, C-444/11P, non publiée, para. 81.

⁵⁰⁷ *Id.*, para. 18.

⁵⁰⁸ Décision de la Commission du 7 octobre 2009, COMP/39.129, *Transformateurs de puissance*, JOUE C 296 du 5 déc. 2009, para. 232. V. également décision de la Commission du 25 juin 2008, COMP/39.180, *Aluminium Fluoride*, paras. 228-233 (pourvoi rejeté par la CJUE, arrêt du 9 oct. 2014, C-467/13P, *Rec.* numérique).

⁵⁰⁹ Arrêt de la CJUE du 20 janvier 2016, *Toshiba c./ Commission*, C-373/14P, paras. 82-91.

300. Ainsi, la valeur des ventes à calculer est celle réalisée sur le marché pertinent identifié et non pas celle du ou des secteurs d'activités où a été commise l'infraction.

301. Par ailleurs, une fois la valeur des ventes calculée, la Commission tiendra compte d'un certain nombre de facteurs tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction et la mise en œuvre ou non de l'infraction pour fixer la valeur exacte du pourcentage appliqué dans la détermination du montant de base de l'amende⁵¹⁰. La définition de l'aire géographique constitue alors un facteur très important pour l'appréciation de la valeur des ventes, d'une part, et la détermination de sa proportion en vue de fixer le montant de base de l'amende, d'autre part.

302. Dans l'affaire *ThyssenKrupp*, le Tribunal a rejeté l'argument des requérantes qui ont fait valoir que l'entente n'avait eu des effets qu'en Allemagne et seulement sur une partie négligeable du marché, en sorte que le montant de départ de 70 millions d'euros fixé par la Commission pour l'infraction en Allemagne, devrait être réduit. Il a affirmé, en effet, que le montant de départ général de l'amende est notamment déterminé en fonction de l'étendue géographique de l'infraction⁵¹¹.

303. Notamment, la part de marché deviendra déterminante dans l'appréciation du degré de la gravité d'une entente de fixation des prix lorsque les trois autres facteurs (nature de l'infraction, l'étendue géographique de l'infraction et la mise en œuvre ou non de l'infraction) sont réunis. Prenons l'exemple de *Bananas* concernant une entente horizontale sur la fixation des prix de bananes fraîches entre Chiquita, Dole, Weichert et Del Monte. L'infraction constitue par sa nature une des restrictions à la concurrence les plus préjudiciables. Elle a été mise en application par les parties dans les marchés de bananes fraîches à la région nord-européenne de l'Union européenne (comprenant l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède). L'étendue géographique se situe donc bien à l'intérieur de l'EEE. Les parties participantes à l'entente détenaient une part cumulée de 40-50% du marché en cause. Le degré de gravité de l'infraction a été estimé par la Commission à 15%⁵¹². En

⁵¹⁰ Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006, *op. cit.*, pt. 22.

⁵¹¹ Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, *ThyssenKrupp c./Commission*, T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, *Rec.* p. II-5129, para. 228.

⁵¹² Décision de la Commission du 15 oct. 2008, COMP/39.188, *Bananas*, JOUE C 189 du 12 août 2009, paras. 455-460, spéc. 457. Dans son arrêt sur pourvoi, le Tribunal a rejeté l'argumentation de la requérante selon laquelle la

revanche, dans l'affaire *Marine Hoses*, l'infraction a consisté en une entente horizontale complexe entre six entreprises actives sur le marché des tuyaux marins. Toutes les trois autres conditions sont réunies, une part de plus de 90% détenue par les entreprises participantes a conduit à un degré de gravité de 25%⁵¹³.

304. En outre, il est important de souligner que l'un des principaux changements apportés par les Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006 consiste à la possibilité de la Commission d'ajuster significativement le montant de l'amende à la hausse en fonction de la taille de l'entreprise et du marché. Sur ce point, le cartel des *peroxydes organiques* est exemplaire. Le marché des peroxydes a été considéré comme marché des produits en cause. L'étendue géographique a été déterminée, à tout le moins, celle de l'EEE. Le cartel a été formé notamment de trois entreprises de grosse taille sur le marché – Akzo, Atochem et Peroxid Chimie – et d'une durée de 29 années (de 1971 à 1999). Plus de 90% du marché en cause était couvert par le cartel en 1999, dernière année complète de l'infraction. Les membres du cartel contrôlaient une grande partie du marché en cause avec une part de marché cumulée de 65-70%. Akzo, qui détient une part de plus de 40% du marché, est le plus grand producteur. La Commission a déclaré qu'elle devrait être placée dans la première catégorie, alors que Atochem et Peroxid Chimie dans la deuxième catégorie (les part de marché avoisinant les 20 à 25%) et Perorsa dans la troisième (la part de marché détenue inférieure à 5%)⁵¹⁴. Dans cette décision, Akzo s'est vu infliger une amende (avant clémence) de 241,5 millions d'euros. Or, l'application des Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006 donnerait lieu à une amende de 800 millions d'euros environ⁵¹⁵.

305. Le rôle de la délimitation du marché en cause pour déterminer l'assiette de la sanction a été confirmé en droit communautaire. L'inspiration des grands principes communautaires de calcul des amendes rend la nécessité de cette procédure évidente en droit vietnamien de la concurrence.

Commission a, de manière erronée, apprécié le critère de la gravité pour la détermination du montant de base de l'amende, v. arrêt du TPICE du 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce Inc. c./ Commission*, T-587/08, Rec. numérique, paras. 771-778.

⁵¹³ Décision de la Commission du 28 janvier 2009, COMP/39.406 – *Marine Hoses*, JOUE C 167 du 21 juillet 2009, para. 439-445, spéc. 442.

⁵¹⁴ Décision de la Commission du 10 décembre 2003, *Organic Peroxides*, COMP/E-2/37.857, JOUE L 110 du 30 avril 2005, para. 453.

⁵¹⁵ E. BARBIER DE LA SERRE, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC, op. cit.*, p. 22.

b. Le droit vietnamien

306. En droit vietnamien de la concurrence, les autorités de la concurrence ont également recours d'une sanction pécuniaire pour punir des pratiques contraires aux dispositions de la Loi de la concurrence de 2004. Contrairement au droit communautaire, il existe la sanction pénale dans le régime vietnamien. Celle-ci n'est applicable cependant qu'aux personnes qui sont fonctionnaires et qui commettent des infractions en la matière⁵¹⁶.

307. Quant à la sanction pécuniaire, le droit vietnamien s'inspire bien du grand principe communautaire de l'amende calculé sur la base du chiffre d'affaires. Le plafond des amendes est fixé à 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise réalisé au cours de l'exercice social précédent la mise en œuvre de l'infraction⁵¹⁷. Suite à l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} juillet 2005, le Gouvernement a élaboré, le 30 septembre de la même année, un décret précisant les méthodes d'appréciation de la sanction et de calcul de l'amende⁵¹⁸. En 2014, le Gouvernement a publié un nouveau décret qui modifie considérablement et notamment le montant de l'amende infligé aux infractions⁵¹⁹. Nous reviendrons à ce point ultérieurement. Concernant la méthode de calcul de l'amende, si la structure générale de calcul des amendes retenue par le décret n° 71/2014 est la même que celle adoptée en droit communautaire, d'importantes différences apparaissent lorsque l'on s'intéresse à leurs dispositions particulières. En effet, le calcul du montant de l'amende s'effectue en deux étapes : la première consiste en la détermination du montant de base et la deuxième en l'ajustement de ce montant en fonction des circonstances aggravantes et atténuantes. Une grande différence porte sur le calcul du montant de base de l'amende. Ce montant de base est lié en droit vietnamien à une proportion de la valeur des ventes ou de la valeur des achats des biens ou services concernés réalisée pendant la durée de l'infraction. Cette valeur est déterminée en fonction de plusieurs critères qui sont listés à l'article 4, alinéa 4 du décret tels que : degré de gravité de l'infraction, degré de préjudice causé par l'infraction, capacité des auteurs d'infractions à restreindre la concurrence, durée de l'infraction, étendue géographique de l'infraction, gain illicite généré, et autres critères. Ainsi, le degré de

⁵¹⁶ Loi de la concurrence de 2004, *op. cit.*, art. 120.

⁵¹⁷ Loi de la concurrence de 2004, *op. cit.*, art. 118, alinéa 1.

⁵¹⁸ Décret n° 120/2005/NĐ-CP du 30 septembre 2005 du Gouvernement relatif à la mise en œuvre des règles de sanctions en matière de la concurrence.

⁵¹⁹ Décret n° 71/2014/NĐ-CP du Gouvernement du 21 juillet 2014 relatif à la mise en œuvre des règles de sanctions en matière de la concurrence, entré en vigueur le 15 septembre 2014 (ci-après « Décret n° 71/2014 »).

gravité et la durée de l'infraction qui sont les deux critères en fonction desquels est calculé le montant de base de l'amende communautaire ne sont que deux parmi d'autres en droit vietnamien. Pourtant, le décret ne donne aucune précision de savoir comment l'appréciation de ces critères sera faite.

308. Par ailleurs, si les lignes directrices européennes pour le calcul des amendes de 2006 accordent un poids beaucoup plus important au critère de la durée de l'infraction en prévoyant que le montant de départ déterminé en fonction de la gravité de l'infraction « *sera multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction* »⁵²⁰ et non plus fixé à 10% pour chaque année comme prévu dans les anciennes lignes directrices de 1998, de nombreuses questions se posent sur la façon dont la durée de l'infraction est prise en compte par les autorités vietnamiennes. Comme mentionné ci-dessus, ce critère n'est pas précisé dans le décret n° 71/2014 et jusqu'à présent, la sanction n'est appliquée qu'à deux affaires en la matière avec une amende totale de 5,085 milliards de VNĐ (environ 205 000 euros)⁵²¹. Il est à noter que la durée des infractions dans les deux affaires est moins d'une année. L'amende imposée a été donc simplement calculée en se fondant sur le chiffre d'affaires des entreprises réalisé au cours de l'année précédente de la mise en œuvre de l'infraction.

309. On ne peut pas, par conséquent, se satisfaire que l'adoption du décret 71/2004 améliore la transparence de la démarche pour le calcul de l'amende et que la marge d'appréciation réservée aux autorités de la concurrence demeure très large.

310. Il faut cependant reconnaître que la base de calcul du montant de départ de l'amende ainsi que les critères retenus en droit vietnamien, en dépit des différences par rapport au droit communautaire, supposent également une délimitation du marché en cause.

311. La nécessité de la délimitation du marché vaut à plus forte raison lorsque pour certains types d'infraction, le montant maximal de l'amende est appliqué aux entreprises participantes. En effet, le décret n° 71/2014 prévoit que lorsque les entreprises participantes aux infractions

⁵²⁰ Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006, *op. cit.*, point 24.

⁵²¹ La première affaire est celle de *Vinapco* qui s'est vu infligée une amende de 3,378 milliards de VNĐ (correspondant à 0,05% du CA) pour la pratique d'abus de position monopolistique sur le marché national de fourniture de l'essence de l'aviation, voir Décision n° 11/QĐ-HĐXL du 14 avril 2009 du Conseil de l'affaire anticoncurrentielle; la deuxième affaire concerne les 19 entreprises d'assurance non vie qui ont été condamnées à une amende totale de 1,707 milliards de VNĐ (correspondant à 0,025% du CA) pour un cartel de fixation du prix de l'assurance de véhicule et de la clause concernant les tarifs de l'assurance matérielle automobile.

détiennent une part cumulée égale ou supérieure à 30% du marché en cause, une amende allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires de chaque entreprise sera appliquée⁵²². Cette règle s'applique aux types d'ententes listées dans les articles 8 à 12 du décret⁵²³.

- 1) *Ententes de fixation directe ou indirecte du prix des biens ou services*⁵²⁴
 - a) *ententes de mise au point d'un barème de prix à un certain type de clients ou tous les clients ;*
 - b) *ententes d'augmentation ou de réduction des prix à un certain niveau ;*
 - c) *ententes de mise au point d'un système de tarifs commun;*
 - d) *ententes de maintien d'une proportion stable des prix des produits concernés ;*
 - e) *ententes de ne pas accorder de rabais ou remises, ou de les accorder à un certain niveau ;*
 - f) *ententes d'accorder des lignes de crédit, sauf des accords de lignes de crédit dans les activités de prêt de crédit en vertu des dispositions de la loi relative aux établissements de crédit ;*
 - g) *ententes de ne pas réduire les prix avant que les participants à l'entente n'en soient informés ;*
 - h) *ententes de mise au point d'un barème de prix au moment du commencement des meetings et conversations.*
- 2) *Ententes de répartition des marchés, des sources d'approvisionnement*⁵²⁵
 - a) *ententes de répartition géographique, des quantités de ventes ou d'achats des biens ou services, ou de répartition de la clientèle;*
 - b) *ententes des sources d'approvisionnement.*
- 3) *Ententes de fixation de quotas*⁵²⁶
 - a) *ententes de réduction du volume de production, de ventes, d'achat ou de fourniture des services sur le marché en cause ;*
 - b) *ententes de fixation de quotas de production, de ventes, d'achat, ou de fourniture des services à un niveau suffisant pour créer la pénurie sur le marché.*
- 4) *Ententes de limitations du développement technique, de technologies et des investissements*⁵²⁷
 - a) *entente d'achat de brevets, de solutions d'utilité, de modèles industriels en vue de détruire ou de ne pas mettre en utilisation ;*
 - b) *entente de ne pas investir du capital pour élargir la production, améliorer la qualité des produits ou services, ou pour élargir d'autres activités.*
- 5) *Ententes d'imposition de prix d'achat ou de vente et de conditions de transactions non équitables*⁵²⁸

⁵²² Le pourcentage retenu dans l'ancien décret n° 120/2005/NĐ-CP du 30 septembre 2005 était plus modéré, de 5 à 10% en fonction du type d'infraction.

⁵²³ Nous traduisons.

⁵²⁴ Décret n° 71/2014, *op. cit.*, art. 8.

⁵²⁵ *Id.*, art. 9.

⁵²⁶ *Id.*, art. 10.

⁵²⁷ *Id.*, art. 11.

⁵²⁸ *Id.*, art. 12.

- a) *Ententes d'imposition d'une des conditions sine qua non de transactions suivantes : restriction sur la production et la distribution d'autres produits ; obligation d'achats ou de fournitures de services jumelés sans lien avec les engagements des agents du commerce régis par les règles législatives relatives aux agents ; restriction sur les zones de revente des produits, à l'exception des marchandises figurant dans la liste des biens dont le commerce est soumis à conditions ou restreint ; restriction de clientèle achetant des produits pour la revente, à l'exception des marchandises figurant dans la liste des biens dont le commerce est soumis à conditions ou restreint ; restriction de la quantité de la livraison et du mode de livraison ;*
- b) *Ententes d'imposition d'engagements aux entreprises s'approvisionnant auprès d'une partie à l'entente d'acheter d'autres produits ou services des fournisseurs ou personnes désignées à l'avance, ou de réaliser une ou certaines obligations sans lien avec le contrat pour l'exécution de celui-ci.*

312. Il convient de noter que le pourcentage sur le chiffre d'affaires imposé aux infractions illicites en matière de position dominante⁵²⁹ et de contrôle des concentrations⁵³⁰ a été retenu plus élevé (tous allant jusqu'à 10% du CA) que celui dans l'ancien décret (le pourcentage limitant à 5% imposé à certaines infractions). Cela reflète la volonté de l'autorité vietnamienne de renforcer le caractère dissuasif de la sanction. Cependant, en regardant la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence ainsi que le nombre d'infractions sanctionnées, il nous paraît que la sanction appliquée demeure rétributive plutôt que dissuasive. En tout état de cause, on ne peut pas nier que la délimitation du marché pertinent joue un rôle aussi important en matière de sanction dans le droit positif vietnamien.

313. Une extension de l'exigence de délimitation du marché en matière de sanction est bien fondée tant dans la théorie économique que dans la doctrine juridique et le droit positif. D'un point de vue économique, la délimitation du marché est nécessaire pour mettre en œuvre des méthodes quantitatives qui permettent de mesurer le dommage concurrentiel. La doctrine juridique communautaire soutient que la délimitation du marché permet d'assurer que la détermination de la sanction respecte le principe de proportionnalité, lequel posé comme principe fondamental pour le fonctionnement de l'Union européenne. Sa portée est renforcée par le droit positif communautaire et vietnamien, lequel se fonde sur plusieurs facteurs dont la valeur de ventes et la part de marché des entreprises pour déterminer le montant de l'amende. Par conséquent, la délimitation du marché pertinent sert d'instrument pour la détermination de l'assiette de la sanction. Par ailleurs, dès lors que le marché a été délimité tout au début de

⁵²⁹ Décret n° 71/2014, *op. cit.*, articles 16 à 22.

⁵³⁰ *Id.*, articles 23 à 27.

l'investigation pour apprécier l'atteinte à la concurrence, il n'y a aucune raison de ne pas en tenir compte au stade de la sanction. La délimitation du marché est une exigence systématique dans la qualification de l'atteinte à la concurrence, elle doit l'être aussi dans l'appréciation de la sanction. La jurisprudence européenne montre que cette exigence systématique s'étend encore dans un autre domaine – le renvoi préjudiciel.

§2. *Le renvoi préjudiciel*

314. Il existe en droit communautaire un mécanisme de renvoi préjudiciel qui permet aux juridictions nationales⁵³¹ de soumettre à la Cour de Justice une question d'interprétation relative au droit communautaire⁵³². Le renvoi doit, pour que ce soit recevable, répondre à un certain nombre d'exigences de fond. La Cour de Justice va vérifier si l'ordonnance de renvoi contient les éléments nécessaires lui permettant de parvenir à une interprétation du droit communautaire. Nous examinerons dans un premier temps les éléments qui constituent la recevabilité d'un renvoi (A) et montrerons dans un second temps que la recevabilité exige qu'une ordonnance de renvoi du juge national en matière de la concurrence comporte une délimitation du marché pertinent (B).

A. La recevabilité d'une ordonnance de renvoi préjudiciel

315. Afin d'assurer que la Cour de Justice puisse rendre un arrêt adéquat qui doit être appliqué de manière d'assurer une application correcte et uniforme du droit de l'Union, l'article 94 du Règlement de la procédure de la Cour de Justice⁵³³ prévoit expressément le contenu d'une demande de décision préjudicielle. Selon cet article, outre le texte des questions posées à la Cour à titre préjudiciel, trois éléments devront être exposés dans l'ordonnance de renvoi:

- a) un exposé sommaire de l'objet du litige ainsi que des faits pertinents, tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées ;

⁵³¹ Pour des critères de détermination de ce qui constitue une juridiction habilitée à introduire un renvoi préjudiciel, voir N. FENGER & M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 1^{re} éd., 2013, p. 85 et s.

⁵³² *Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, article 267 (originellement article 177 CE, puis 234 CE dans le *Traité de Rome* de 1957).

⁵³³ Règlement de procédure de la Cour de Justice du 29 septembre 2012, JOUE L 265 du 29 septembre 2012 (ci-après « *Règlement de procédure de la CJUE* »).

- b) la teneur des dispositions nationales susceptibles de s'appliquer en l'espèce et, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente ;
- c) l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal.

316. La lecture de la jurisprudence montre que le manque de précision de l'un de ces éléments entraîne l'irrecevabilité de l'ordonnance de renvoi. Sans indication de leur hiérarchie, la clarté et la précision de l'exposé des faits joue un rôle particulièrement important parce qu'il permet non seulement à la Cour de vérifier les conditions d'application du droit de l'Union ou la pertinence de la réglementation visée par la question mais aussi aux gouvernements des États membres et autres parties intéressées d'avoir la possibilité de présenter des observations.

317. En effet, la Cour de Justice ne sera pas en mesure de donner une interprétation du droit de l'Union qui soit utile à la juridiction nationale si le renvoi préjudiciel ne présente pas de manière suffisamment détaillée le cadre factuel et juridique constituant l'arrière-plan de la question posée. À ce point, la jurisprudence est constante dont l'affaire *Telemarsicabruzzo*⁵³⁴ est exemplaire. Dans une ordonnance du 4 septembre 1990, le vice-prétoire de Frascati a soumis à la Cour de Justice une demande sur l'interprétation des articles 85, 86 CEE (101 et 102 TFUE) et l'article 90 CEE (article 267 TFUE) au regard du comportement du gouvernement italien en matière d'attribution des canaux UHF destinés aux émissions de télévision. Sans la moindre explication du contexte factuel et législatif, il demandait tout de suite si le fait que le gouvernement italien se soit réservé l'usage de certains canaux pour la radiodiffusion télévisée, en empêchant que le secteur privé puisse disposer de ces canaux, constituait une violation des articles 85§3 et 86 du traité et qu'un tel comportement était compatible avec le traité de Rome et avec ses règles de concurrence. Faute d'information des faits à l'origine du litige au principal, la Commission et les États membres n'étaient pas en mesure de présenter les observations⁵³⁵. C'était la première fois que la Cour avait, par voie d'arrêt, déclaré qu'il n'y avait pas à statuer sur les questions posées en rappelant que « *la nécessité de parvenir à une interprétation du droit*

⁵³⁴ Arrêt de la CJCE du 26 jan. 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, C-320/90 à C-322/90, *Rec.* p. I-393.

⁵³⁵ *Id.*, la Commission a fait observer, à titre liminaire, que les ordonnances de renvoi étaient particulièrement laconiques et avaries de précisions quant aux éléments de fait et de droit qui permettraient d'identifier l'objet des questions posées et donc d'en comprendre le sens et la portée, para. 5.

communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées »⁵³⁶.

318. Depuis cet arrêt, la Cour de Justice a prononcé, par voie d'ordonnances, utilisant à cet effet l'article 92§1 de son règlement de procédure⁵³⁷, ou les articles 92§1 et 103§1⁵³⁸ de ce règlement, l'irrecevabilité d'un grand nombre d'ordonnances de renvoi au motif qu'elle n'était pas suffisamment informée du cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions posées.⁵³⁹ Dans l'affaire *Caseificio Valdagnese* en 2005, par exemple, le Tribunal italien *di Vicenza* a fait à la Cour une demande de décision préjudicielle qui porte sur l'interprétation de l'article 2§2 du règlement CEE n° 3950/92 du Conseil du 28 décembre 1992, établissant un prélèvement supplémentaire dans le secteur du lait et des produits laitiers. À part la citation de l'article 2§2 du règlement n° 3950/92, la réglementation nationale et la question, la juridiction de renvoi ne fournissait aucune description des faits. L'absence totale d'exposé du cadre factuel n'a pas permis à la Cour de Justice de comprendre les problèmes d'interprétation se posant à la juridiction de renvoi et, ce faisant, de fournir une interprétation utile à cet égard⁵⁴⁰. Par conséquent, l'ordonnance de renvoi a été déclarée manifestement irrecevable.

319. Plus récemment, dans l'affaire *Santa Casa da Misericordia de Lisboa*, le Tribunal *Judicial da Comarca do Porto* cherchait à savoir si le fait, pour le gouvernement portugais, de se réserver le droit exclusif d'exploitation des jeux de hasard ou d'argent et d'instauration des concours de paris mutuels était compatible avec les règles communautaires établissant les principes de libre prestation de services, de libre concurrence et d'interdiction des monopoles d'État. Ayant cité une série de dispositions du droit communautaire et du droit national, il considérait que l'interprétation des dispositions du traité CE était nécessaire aux fins d'appréhender les limites pouvant être posées à ces principes du droit communautaire ainsi que

⁵³⁶ *Id.*, para. 6.

⁵³⁷ L'article 91§1 du Règlement de la procédure porte sur l'incompétence ou irrecevabilité manifeste.

⁵³⁸ L'article 103§1 du Règlement de la procédure porte sur les adaptations du règlement imposées par la nature du renvoi préjudiciel.

⁵³⁹ V. Ordonnances de la CJCE du 19 mars 1993, *Banchero*, C-157/92, *Rec.* p. I-1085, para. 4 ; du 30 avril 1998, *Testa et Modesti*, C-128/97 et C-137/97, *Rec.* p. I-2181, para. 5 ; du 8 juillet 1998, *Agostini*, C-9/98, *Rec.* p. I-4261, para. 4 ; du 2 mars 1999, *Colonia Versicherung e.a.*, C-422/98, *Rec.* p. I-1279, para. 4 ; Arrêt de la CJCE du 13 avril 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, C-176/96, *Rec.* p. I-2681, para. 22 ; Ordonnances de la CJCE du 28 juin 2000, *Laguillaumie*, C-116/00, *Rec.* p. I-4979, para. 15 ; du 8 oct. 2002, *Viacom*, C-190/02, *Rec.* p. I-8287, para. 15.

⁵⁴⁰ Ordonnance de la CJCE du 14 juin 2005, *Caseificio Valdagnese*, C-358/04, non publiée, paras. 8-10.

les critères sur lesquels il doit s'appuyer pour apprécier la compatibilité des dispositions du droit portugais avec le droit communautaire⁵⁴¹. Cependant, la juridiction de renvoi n'avait pas fourni la moindre explication quant à la situation factuelle. En outre, elle n'avait pas donné des raisons précises qui l'ont conduite à s'interroger sur l'interprétation du droit communautaire. En utilisant les articles 92§1 et 103§1 de son règlement de la procédure, la Cour de Justice a déclaré l'irrecevabilité manifeste de l'ordonnance de renvoi.

320. Le manque de précisions factuelles met, par ailleurs, les États membres et les autres parties intéressées au sens de l'article 23 du Statut de la Cour⁵⁴², dans l'impossibilité de présenter leurs observations qui sont utiles pour la Cour dans leur investigation⁵⁴³. Cela prive ainsi la Cour de Justice de précieuses informations et argumentations juridiques du cas d'espèce⁵⁴⁴. En outre, un renvoi préjudiciel de mauvaise qualité prive également les États membres même du droit à exprimer leur point de vue lorsque le renvoi soulève des questions d'une importance majeure, particulièrement celles, qui ont pour effet indirect de rendre incompatibles avec le droit de l'Union les législations d'autres États membres qui sont analogues à celles de l'État en cause au principal. L'affaire *Holdijk* illustre bien cet aspect. Le gouvernement danois avait estimé qu'aucun des éléments indispensables, qu'une ordonnance de renvoi doit fournir, ne figurait dans les jugements de renvoi rendus par le *Kantongerecht d'Apeldoorn* dans les affaires concernées. Il a déclaré que ce caractère lacunaire des jugements de renvoi ne lui avait pas permis d'apprécier l'opportunité de présenter des observations sur le fond de l'affaire. La Cour de Justice a reconnu qu'il lui incombait de veiller à ce que soit sauvegardée la possibilité aux États membres et aux autres parties intéressées de présenter des observations conformément à l'article 20 (devenu l'article 23) du statut de la Cour, compte tenu du fait qu'en vertu de cette disposition, seules les décisions de renvoi sont notifiées aux parties intéressées⁵⁴⁵. Ainsi, lors de son examen de la recevabilité de questions préjudicielles dans les arrêts et ordonnances ultérieures, elle insistait sur l'importance du fait que la demande de décision préjudicielle doive comporter des informations

⁵⁴¹ Ordonnance de la CJUE du 25 fév. 2010, *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, C-55/08, *Rec.* p. I-22, para. 9.

⁵⁴² Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de Justice de l'Union européenne, modifié par le Règlement (EU, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015, JOUE L 241 du 24 déc. 2015.

⁵⁴³ Il convient de noter que seule la demande de décision préjudicielle elle-même est notifiée aux parties intéressées, et non les autres documents annexé à celle-ci.

⁵⁴⁴ N. FENGER & M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 385.

⁵⁴⁵ Arrêt de la CJCE du 1^{er} avril 1982, *Holdijk*, C-141 à 143/81, *Rec.* p. 1299, para. 6.

permettant non seulement à la Cour de donner des réponses utiles, mais également aux gouvernements des États membres et aux parties intéressées de présenter des observations⁵⁴⁶.

321. En revanche, une fois que l'ordonnance de renvoi contient une description claire et suffisante quant à l'objet du litige, aux faits et à la législation nationale, la Cour sera en mesure de vérifier les conditions d'application du droit de l'Union. En effet, la Cour a déclaré dans un arrêt du 19 avril 2007 concernant une demande préjudicielle en matière de concurrence que « *la décision de renvoi expose, de manière brève mais précise, les faits à l'origine du litige au principal et les dispositions pertinentes du droit national applicable* »⁵⁴⁷. Elle tenait compte ainsi du contexte, de la date des faits et de la nature des activités de la société Tragsa pour identifier les directives relatives à la passation des marchés publics dont l'interprétation était nécessaire⁵⁴⁸.

322. Finalement, le cadre factuel joue un rôle majeur dans l'identification exacte de la ou les question(s) que les juridictions de renvoi souhaitent soumettre à la Cour. En effet, l'identification de la question posée dépend de l'établissement des faits. Tant que les faits au principal n'ont pas encore été établis, la question de droit resterait inconnue et le cadre juridique national, dans lequel se pose le problème de droit de l'Union, serait obscur. Par conséquent, la juridiction nationale peut rencontrer des difficultés majeures dans la formulation avec la précision et la clarté d'une demande de décision préjudicielle de façon qu'elle satisfasse les exigences imposées. Pire encore, elle peut se retrouver dans une situation où elle ne peut évaluer si une telle demande de décision préjudicielle est nécessaire afin de trancher le litige pendant devant elle.

323. Toutefois, si l'on part de la lettre de l'article 94, sous a), du Règlement de procédure, on voit qu'il est demandé que la juridiction de renvoi fournisse dans son renvoi préjudiciel un *exposé sommaire des faits pertinents* tels qu'ils ont été constatés par elle ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées. Cela signifie que la juridiction de renvoi ne doit pas nécessairement procéder à l'ensemble des constatations des faits requises avant de déférer son affaire à la Cour de Justice. Ceci est par ailleurs supporté par

⁵⁴⁶ V. Ordonnances de la CJCE du 30 avril 1998, *Testa et Modesti op. cit.*, para. 6 ; du 8 juillet 1998, *Agostini, op. cit.*, para. 5 ; du 2 mars 1999, *Colonia Versicherung e.a., op. cit.*, para. 5 ; du 28 juin 2000, *Laguillaumie, op. cit.*, para. 14 ; du 8 oct. 2002, *Viacom, op. cit.*, para. 14 ; Arrêt de la CJCE du 11 septembre 2003, *Altair Chimica*, C-207/01, *Rec. p. I-8875*, para. 25 ; Ordonnance de la CJUE du 25 fév. 2010, *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, C-55/08, *Rec. p. I-22*, paras. 15-16.

⁵⁴⁷ Arrêt de la CJCE du 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, *Rec. p. I-2999*, para. 36.

⁵⁴⁸ *Id.*, para. 47.

l'article 267 TFUE qui prévoit la séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour de justice. L'importance est que la juridiction de renvoi doive fournir les faits qui sont pertinents aux fins de l'interprétation par la Cour des dispositions du droit de l'Union. Dans l'affaire *Vanbraekel*, la Cour a indiqué que l'arrêt de renvoi comporte l'indication des dispositions nationales applicables et une description des faits qui, quoique succincte, est suffisante pour permettre à la Cour de statuer⁵⁴⁹.

324. L'exigence d'une description détaillée des faits est particulièrement importante dans le domaine du droit de la concurrence qui est caractérisé par des situations de fait et de droit complexes.

B. La délimitation du marché pertinent – condition de la recevabilité d'une ordonnance de renvoi en matière de concurrence

325. La plupart des décisions d'irrecevabilité d'une question préjudicielle ont lieu en matière de concurrence. Pour vérifier l'existence d'une atteinte à la concurrence, la description de nombreux éléments de fait est indispensable⁵⁵⁰. La Cour de Justice a également insisté à diverses reprises que l'exigence de précision quant au contexte factuel et réglementaire vaut tout particulièrement dans le domaine de la concurrence⁵⁵¹. Cette exigence signifie-t-elle qu'une ordonnance de renvoi doit comporter une délimitation du marché pertinent ? La jurisprudence communautaire démontre que la réponse est affirmative.

326. La question s'est posée pour la première fois dans l'affaire *Viacom*. La *Giudice di pace di Genova* (Italie) a soumis à la Cour de Justice une demande de décision préjudicielle qui portait sur l'interprétation, entre autres, de l'article 82 CE (devenu 102 TFUE). En fait, il s'agissait d'une seconde demande de décision préjudicielle que la *Giudice di pace di Genova* a soumis à la Cour après que sa première demande du 9 avril 2002, dans la même affaire, a été déclarée irrecevable pour le manque d'indications suffisantes de nature à répondre aux exigences

⁵⁴⁹ Arrêt de la CJCE du 12 juillet 2001, *Vanbraekel e.a.*, C-368/98, *Rec.* p. I-5363, para. 23.

⁵⁵⁰ C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen – Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2010, p. 300.

⁵⁵¹ Arrêt de la CJCE du 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, *op. cit.*, para. 7 ; Ordonnance de la CJCE du 19 mars 1993, *Banchero*, *op. cit.*, para. 5 ; arrêt de la CJCE du 13 avril 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, *op. cit.*, para. 22 ; Ordonnance de la CJCE du 28 juin 2000, *Laguillaumie*, *op. cit.*, para. 19 ; arrêts de la CJCE du 23 nov. 2006, *Asnef-Équifax et Administración del Estado*, C-238/05, *Rec.* p. I-11125, para. 23 ; du 13 déc. 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, C-250/06, *Rec.* p. I-11135, para. 20 ; du 1^{re} oct. 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, *Rec.* p. I-9021, para. 53 ; du 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, *Rec.* p. I-2055, para. 32.

imposées à une ordonnance de renvoi. Dans cette nouvelle demande, la juridiction de renvoi a déferé à la Cour des questions préjudicielles limitées à l'interprétation des dispositions du traité CE en matière de libre prestation de services et en matière de concurrence. Parmi les questions en matière de concurrence, la juridiction de renvoi cherchait à savoir si l'attribution à une entreprise publique (la commune de Gênes en cas d'espèce) de la gestion d'une taxe sur la publicité et des droits d'affichage est compatible avec les articles 82 et 86 CE (102 et 106 TFUE).

327. Dans son jugement, la Cour a bien souligné que la délimitation du marché pertinent en termes de produit et d'aire géographique, ainsi que le calcul des parts de marché détenues par les différentes entreprises qui opèrent sur ce marché, constituent le point de départ de toute appréciation d'une situation au regard du droit de la concurrence⁵⁵². C'était en ce sens que l'avocat général J. KOKOTT avait fait ses conclusions⁵⁵³. En effet, partant de la formulation de la question posée, il est nécessaire, avant d'apprécier si une telle appréciation est compatible avec l'article 82 CE, de déterminer si la Commune de Gênes disposait d'une position dominante. Or, dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi n'a pas présenté à suffisance les indications sur lesquelles se fondait la considération que la Commune de Gênes occupait une position dominante. Dans son arrêt, la Cour de Justice a fait valoir qu'alors que la juridiction de renvoi affirmait que le service de pose d'affiches fournis par les communes et ceux offerts par les opérateurs privés sont parfaitement interchangeables, elle n'a pas précisé si les clients respectifs sont comparables. En outre, la Cour a jugé que le marché géographique pertinent retenu dans la décision de renvoi, se limitant au territoire de la commune de Gênes, était peu convaincant. Conformément aux conclusions de l'avocat général, il ne ressort pas de la décision des indications, par exemple, sur la question de savoir si les conditions juridiques-cadres dans d'autres communes italiennes sont comparables à celles en vigueur à Gênes, si les prestataires, comme Viacom, présents dans le secteur de la publicité par voie d'affichage opèrent régulièrement dans plusieurs communes ou uniquement à Gênes et si les campagnes publicitaires de leurs clients ne couvrent le plus souvent que des communes particulières ou si elles sont de nature régionale ou suprarégionale⁵⁵⁴. Par ailleurs, le nombre d'opérateurs fournissant les services

⁵⁵² Arrêt de la CJCE du 17 fév. 2005, *Viacom c./Giotto*, C-134/03, *Rec.* p. I-1167, para. 27.

⁵⁵³ Conclusions de l'avocat général, Mme Julian Kokott, présentées le 28 oct. 2004, para. 44.

⁵⁵⁴ *Id.*, para. 46.

en question et leurs parts de marchés respectives font défaut dans la demande de décision préjudicielle. Pour toutes ces raisons, la Cour a considéré que le fondement des descriptions faites par la juridiction de renvoi ne permettait pas de conclure que la commune de Gênes détiendrait une position dominante sur le marché pertinent. Cela n'a pas permis à la Cour d'être en mesure de répondre si les droits octroyés à la Commune de Gênes est compatible avec les articles 82 et 86 CE. La question posée a par conséquent été déclarée irrecevable.

328. De même, dans l'affaire *Asemfo*, le *Tribunal Supremo* espagnol avait déféré à la Cour un certain nombre de questions préjudicielles dont l'une porte sur le point de savoir si l'octroi *ex lege* à une entreprise publique d'un régime juridique lui permettant de réaliser des travaux publics sans être soumise au régime général de la passation des marchés publics par appels d'offres est compatible avec l'article 86 CE §1 (devenu article 106§1 TFUE). Dans son arrêt, la Cour de Justice a souligné qu'il résulte des termes clairs de l'article 86 CE §1 que celui-ci n'a pas de portée autonome en ce sens qu'il doit être lu en combinaison avec les règles du traité – article 82 CE (102 TFUE) en cas d'espèce⁵⁵⁵. Or, selon les observations faites par le gouvernement espagnol et la Commission européenne, la décision de renvoi ne contiendrait aucune information relative au marché pertinent et à la prétendue position dominante de l'entreprise publique Tragsa à laquelle est attribué le régime juridique particulier, ce qui est ensuite confirmé par la Cour⁵⁵⁶. La question a ainsi été considérée comme irrecevable.

329. En matière de renvoi préjudiciel, la délimitation du marché pertinent ne se limite pas aux questions concernant la position dominante. Elle s'applique à toute question préjudicielle concernant les pratiques anticoncurrentielles et en matière du contrôle des concentrations, où une telle délimitation du marché est indispensable pour la vérification de l'existence d'une atteinte à la concurrence comme nous l'avons analysé dans les sections précédentes. Tout particulièrement, si la question porte sur l'application de l'article 101§3 TFUE, être à même de donner une réponse utile au juge national peut demander une connaissance approfondie du marché et de tous les faits de l'affaire⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Arrêt de la CJCE du 19 avril 2007, *Asemfo*, *op. cit.*, paras. 40 et 41.

⁵⁵⁶ *Id.*, paras. 28 et 42.

⁵⁵⁷ B. VESTERDORD, « Être à même de donner une réponse utile au juge national peut demander une connaissance approfondie du marché », Entretien, *Revue Lamy de la concurrence*, avril-juin 2006, n° 7, p. 76.

330. Si un auteur estime que la délimitation du marché est un exercice parfois inutile au fond en matière de renvoi préjudiciel, en faisant valoir que les questions préjudicielles portent sur des points de droit et que le juge communautaire peut y répondre en distinguant plusieurs hypothèses⁵⁵⁸, il n'a pas tout à fait raison. En effet, si la demande de décision préjudicielle est adressée à la Cour au moment où les faits n'ont pas encore été établis, il est nécessaire que soient expliquées, sous peine d'irrecevabilité, les hypothèses factuelles sur lesquelles la question est fondée. Selon la jurisprudence qui est constante sur ce point, il incombe au juge national d'expliquer ces hypothèses factuelles⁵⁵⁹. Cela est tout à fait cohérent avec la séparation des fonctions, entre les juridictions nationales et la Cour de Justice, telle qu'elle est prévue par l'article 267 TFUE. Alors, que les faits sont déjà établis ou ne le sont pas encore, il appartient au juge national de définir le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent ses questions.

331. Il est vrai que la Cour de Justice pourra parfois, en fonction des déficiences affectant l'ordonnance de renvoi, être en mesure de fournir une réponse à la question préjudicielle en partant de l'une ou de plusieurs des hypothèses constatées des faits fournis. Cependant, l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union à partir d'une telle ordonnance lacunaire est souvent de caractère général et abstrait⁵⁶⁰, ce qui va tout à fait à l'encontre des efforts de la Cour de se diriger vers un style plus concret d'interprétation dans lequel l'arrêt préjudiciel est formulé de manière à prendre en compte et à couvrir les aspects factuels de l'affaire au principal et du droit national⁵⁶¹. Par ailleurs, il ne nous paraît pas en résulter qu'une telle interprétation générale et abstraite soit utile à la juridiction de renvoi même si celle-ci reçoit la réponse à ses questions.

332. Enfin, si la juridiction nationale décide de demander l'assistance de la Commission européenne, au lieu d'adresser un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice, aux fins de trancher un litige concernant l'application des articles 101 et 102 TFUE⁵⁶², il est certain qu'un certain degré

⁵⁵⁸ A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, n° 521, p. 350.

⁵⁵⁹ Voir les affaires citées aux notes 538, 545 et 550.

⁵⁶⁰ Arrêts de la CJCE du 19 juin 1973, *Capolongo*, C-77/73, *Rec.* p. 611, paras. 7 et 8 ; du 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, C-292/97, *Rec.* p. I-2737, para. 51 ; du 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, *Rec.* p. I-1795, para. 33.

⁵⁶¹ V. N. FENGER & M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne*, *op. cit.*, chapitre 11, section 3.

⁵⁶² Le mécanisme de coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres, établi par le Règlement n° 1/2003, *op.cit.*, permet aux juridictions nationales de demander l'assistance de la Commission européenne dans l'application des articles 101 et 102 TFUE. V. également Communication de la Commission sur la

de détail des faits est nécessaire pour permettre à la Commission de lui apporter un avis utile. Bien que les exigences relatives à la forme ou au contenu de la demande ne soient pas établies, comme le cas d'un renvoi préjudiciel, il nous paraît qu'une demande comportant la délimitation du marché rendra concret et précise la formulation d'avis par la Commission. Aussi, une telle information permettra-t-elle à la Commission d'être en mesure de soumettre des observations pertinentes et dans un bref délai.

333. Conclusion du B. L'ensemble de ces développements a conduit à confirmer qu'une ordonnance de renvoi soulevant une question d'interprétation du droit de la concurrence doit comporter une délimitation du marché pertinent. Cette délimitation du marché est particulièrement importante. D'une part parce qu'elle permet d'éviter que la Cour de Justice ne rende des jugements qui ne correspondent pas à la réalité du litige au principal, ce qui peut traduire en une application erronée du droit de l'Union dans l'affaire au principal. D'autre part parce qu'elle permet d'assurer que les États membres et les personnes habilitées à déposer des observations devant la Cour aient une base raisonnable sur laquelle elles peuvent faire un usage effectif de ce droit.

334. Conclusion du §2. La nécessité de la coopération entre les juridictions nationales et la Cour a été renforcée depuis l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003. Si certains estiment que la Cour ne devrait pas poser des exigences d'informations factuelles excessives, précisément la délimitation du marché dans le domaine de la concurrence, pour ne pas empêcher les juges nationaux de déférer d'éventuelles demandes de décision préjudicielle, pareille coopération exige également des juridictions nationales un renvoi aisément compréhensible et se suffisant à lui-même. Elles ne devraient même pas se satisfaire de rédiger une ordonnance de renvoi sur la base des exigences établies par la Cour, mais elles devraient s'imposer un standard élevé afin de bâtir leurs questions d'une manière permettant à la Cour de fournir une réponse qui leur est utile et non simplement une réponse à leurs questions. S'il y a un cas où la délimitation du marché ne devrait pas être exigée dans une ordonnance de renvoi, ce pourrait être le cas où la question examinée concerne la concurrence sur des marchés caractérisés par de rapides avancées

coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE C 101 du 27 avril 2004.

technologiques. Sur un tel marché, certains outils s'avèreraient plus appropriés que la délimitation du marché pour apprécier l'atteinte à la concurrence⁵⁶³.

335. Conclusion de la Section 2. Les analyses qui viennent d'être menées conduisent à un renforcement du rôle important de la délimitation du marché dans les deux autres domaines distincts hors du cadre de l'analyse matérielle des effets concurrentiels. En matière de sanction, la délimitation du marché pertinent est largement reconnue par la théorie économique, la doctrine juridique et le droit positif. Elle est déterminante pour la mise en œuvre des méthodes quantitatives d'évaluation du dommage concurrentiel mais aussi pour le calcul du montant de l'amende infligé à l'infraction. Quant au renvoi préjudiciel, la délimitation du marché pertinent est considérée comme constituant la condition de recevabilité d'une ordonnance de renvoi en matière de concurrence.

336. Conclusion du chapitre. Les développements qui précèdent ont montré à quel point, en dehors de toute analyse concurrentielle substantielle, la délimitation du marché est exigée pour mettre en œuvre les règles de concurrence. Tout d'abord, la référence à la notion de sensibilité de l'atteinte à la concurrence dont les seuils sont exprimés en part de marché a fortement contribué à ancrer la délimitation du marché dans le droit européen de la concurrence. Le recours aux parts de marché permet aux entreprises qui sont déjà familiarisées à cette technique d'évaluer précocement si leur pratique ou transaction tombe sous le coup de l'article 101 TFUE ou du Règlement 139/2004, ce qui contribue à l'efficacité économique. Sans référence à la théorie du seuil de sensibilité, la part de marché sert de critère déterminant d'applicabilité du droit vietnamien des ententes et des concentrations. La délimitation du marché tient lieu par ailleurs d'instrument de détermination de la compétence entre le droit communautaire et les droits nationaux en matière de concentrations bien qu'elle n'y apparaisse pas de façon directe comme une condition de l'intervention qu'énonce le mécanisme de renvoi entre autorités nationales et européennes. Les deux systèmes européen et vietnamien trouvent un point de convergence dans l'exigence de la délimitation du marché en matière de sanction qui est non seulement une nécessité juridique mais aussi une nécessité économique. Enfin, la délimitation du marché pertinent sert de critère de recevabilité d'une ordonnance de renvoi préjudiciel en matière de concurrence. Si l'on peut tirer une conclusion des développements du présent chapitre, c'est

⁵⁶³ V. *infra*, n° 653.

que la délimitation du marché pertinent hors du cadre de l'analyse substantielle est une exigence aussi logique pour assurer la protection de la libre circulation des ressources dans le marché intérieur et les structures concurrentielles.

337. Conclusion du Titre I. Les analyses menées dans les deux chapitres de ce titre, à propos du recours de la délimitation du marché pertinent dans l'analyse de l'atteinte à la concurrence et hors du cadre de celle-ci, ont révélé à quel point ce processus est fondamental en droit européen de la concurrence. Elles ont cristallisé la conception traditionnelle de la délimitation du marché à deux égards. Premièrement, il faut reconnaître que c'est avant tout pour apprécier le pouvoir de marché que la délimitation du marché a été jugée nécessaire. À ce propos, nous avons démontré que la nécessité de la délimitation du marché dépasse l'acceptation traditionnelle, estimant qu'elle ne sert qu'à calculer la part de marché, pour constituer un outil indispensable en vue de l'appréciation des barrières à l'entrée. De ce fait, la délimitation du marché joue un rôle instrumental tant pour la détermination de l'existence du pouvoir de marché que pour l'appréciation de son effectivité. Cela conduit à remettre entièrement en cause les critiques de son exigence pour cette évaluation. Deuxièmement, la délimitation du marché est souvent considérée comme un pré-requis de l'évaluation de la concurrence. Or, nous avons montré qu'elle sert encore d'instrument d'appréciation des effets anticoncurrentiels découlant d'une opération de concentration. À part le facteur de part de marché, la proximité des produits, la symétrie entre entreprises et la concentration du marché sont des déterminants de l'appréciation des effets unilatéraux et coordonnés, lesquels ne peuvent être appréhendés que sur un marché délimité. La délimitation du marché n'est donc pas une étape préalable mais fait partie intégrante de l'appréciation des opérations de concentration.

338. La fonction de la délimitation du marché en droit européen de la concurrence ne se limite toutefois pas à l'appréciation de l'atteinte à la concurrence. Dans la mesure où l'applicabilité de certaines dispositions du droit est conditionnée par l'effet sensible sur la concurrence, il implique que le contexte économique de la transaction ou de la pratique d'entreprises doit être soigneusement évalué, ce qui nécessite, *inter alia*, de délimiter le marché en cause. D'autant plus que lorsque les règles *de minimis* et d'exemptions reposent explicitement sur un certain seuil de parts de marché. La délimitation du marché a également une fonction centrale en matière de fixation des sanctions car le montant de la sanction est calculé en fonction du dommage

concurrentiel, qui est apprécié à partir des composants définies relativement à la fonction de la demande. Dans un autre domaine, il résulte de la jurisprudence européenne que la délimitation du marché constitue une condition de la recevabilité d'un renvoi préjudiciel.

339. Transition. Le décalage entre l'appréhension du marché par les autorités de concurrence et les économistes provient donc des différentes fonctions qu'ils donnent à la délimitation du marché. En attachant la délimitation du marché à l'appréciation du pouvoir de marché, les économistes ont avancé qu'il était possible d'évaluer directement ce pouvoir de marché sans devoir cerner les contours du marché. Cet argument est défendu en particulier lorsque l'analyse de la concurrence concerne les marchés dotés de caractéristiques particulières. Sur ces marchés spécifiques, les enjeux de la délimitation du marché sont réels.

TITRE II

L'ÉMERGENCE DE MÉTHODES ALTERNATIVES

338. La délimitation du marché pertinent consiste en l'identification des substituts qui exercent des pressions concurrentielles sur les produits en cause. Pour ce faire, l'approche de la Commission européenne consiste à recourir au test du monopoleur hypothétique, qui définit le marché comme un ensemble de produits tel que le détenteur d'un monopole hypothétique serait en mesure d'augmenter le prix desdits produits de manière rentable et durable. Les deux produits qui sont considérés comme substituables appartiennent à un même marché. Dans la pratique, la Commission n'exige pas une substituabilité parfaite des produits. Cette approche peut fournir une évaluation précise des contraintes concurrentielles du côté de la demande et de celui de l'offre du monopoleur hypothétique lorsque les entreprises produisent des produits très similaires et se livrent concurrence sur les prix. Pourtant, la substituabilité des produits est une question de degré. Elle se pose avec une acuité particulière dans le cas des produits différenciés. L'hétérogénéité des produits est la norme et non l'exception⁵⁶⁴. Les entreprises, qui cherchent à acquérir ou à renforcer un pouvoir de marché, tendent toujours à offrir un produit suffisamment différent pour éviter une concurrence intense avec les autres, mais pas trop différent pour susciter une demande de ceux qui étaient prêts à acheter des produits voisins⁵⁶⁵. Presque tous les produits offerts sur le marché sont à nos jours multidimensionnels et il est rare que les consommateurs choisissent, parmi des produits équivalents, sur la base du prix principalement. Sur les marchés où le prix n'est pas le paramètre principal de la concurrence, tels que les marchés dynamiques et innovants, la délimitation du marché à l'aide du test TMH est problématique. En particulier, la part de marché n'a qu'une valeur limitée du pouvoir de marché. Nous verrons que si la délimitation du marché pertinent dans les marchés de produits différenciés fait face à des difficultés méthodologiques, elle comporte de diverses difficultés analytiques et présente des problèmes conceptuels dans les industries dynamiques et innovantes (**Chapitre 1**)

339. Face à ces inefficiences de la délimitation du marché pertinent, de nouveaux concepts et alternatives ont été proposés à sa place (**Chapitre 2**). Ils ont surtout mis l'accent sur les aspects économiques et en particulier la prétendue suprématie analytiques des nouvelles méthodes. Si la

⁵⁶⁴ D. S. EVANS, « Lightning up on market definition », in E. ELHAUGE (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, préc., p. 56.

⁵⁶⁵ M-A. FRISON-ROCHE & M-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2006, note 5, p. 90.

robustesse de ces dernières dans l'analyse concurrentielle demeure incertaine, on peut s'interroger sur les implications juridiques que pourrait avoir l'acceptation de nouveaux outils à la place du concept de marché pertinent.

340. L'objet du présent titre est d'étudier certains marchés dans lesquels la délimitation du marché est problématique et d'évoquer les principaux outils suggérés pour remplacer l'approche fondée sur le marché pertinent. Enfin, sont mises en évidence les questions spécifiques que les autorités européennes et vietnamiennes doivent prendre en compte lorsqu'elles envisagent d'adopter une nouvelle approche.

Chapitre 1 : Les enjeux de la délimitation du marché pertinent.

Chapitre 2 : La réponse par des méthodes alternatives.

CHAPITRE 1

LES ENJEUX DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

341. Même si l'on doit se réjouir de voir la Commission européenne adopter un point de vue de plus en plus clair et convergent sur la délimitation du marché pertinent et sur les méthodes de mesure, on ne peut s'empêcher de penser qu'il existe encore des zones d'incertitudes dont certaines pourraient être réduites. Si les produits offerts sur un marché étaient exactement les mêmes, le choix du consommateur et du magasinage serait plus simple. La délimitation des marchés de produits en cause serait facile à effectuer. Mais dans une économie moderne, il y a très peu d'exemples de marchés où les produits des concurrents sont exactement les mêmes. Presque tous les produits que le consommateur considère ont un attribut unique qui le distingue des produits de ses concurrents. La différenciation de produit, alors qu'elle est considérée par les entreprises comme un moyen d'acquérir ou de renforcer son pouvoir de marché, altère la substituabilité du produit. Cela constitue un enjeu persistant pour la délimitation du marché qui est de nos jours encore fréquemment débattue devant la Commission (**Section 1**). L'enjeu sera encore plus grand si la différenciation de produit est provoquée par l'innovation. Dans certaines industries, la technologie est la clé de la réussite de l'entreprise ainsi que de la satisfaction du consommateur mais fait apparaître de nouvelles formes de concurrence. La concurrence ne se livre pas *sur* le marché mais *pour* le marché. La nature de la concurrence n'est pas caractérisée par *les prix* mais par *la performance* du produit. Ces particularités des marchés innovants posent un enjeu réel au processus de la délimitation du marché pour lequel des solutions pertinentes sont toujours recherchées (**Section 2**).

Section 1. Les marchés de produits différenciés

342. *La différenciation de produit* est un concept de la théorie économique apparu au moins dans les années 1920⁵⁶⁶. Elle a été intégrée dans le droit de la concurrence et est reconnue

⁵⁶⁶ H. HOTELLING, « Stability in Competition », *The Economic Journal*, vol. 39, n° 153, mars 1929, p. 41-57 ; E. H. CHAMBERLAIN, « Duopoly: Values where sellers are few », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 43, n° 1, 1929, p. 63-100 ; E. H. CHAMBERLAIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1933. Postérieurement aux travaux de CHAMBERLAIN, de nombreuses études sur la différenciation de produit ont été menées, voir M. SPENCE, « Product Selection, Fixed Costs, and Monopolistic Competition », *The Review of Economics Studies*, vol. 43, n° 2, 1976, p. 217-235 ; A. K. DIXIT & J. E. STIGLER, « Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity », *The American Economic Review*, vol. 67, n° 3,

comme primordiale dans des situations de concurrence imparfaite. Différencier son produit permet à une entreprise d'échapper à la concurrence, au moins partiellement, de dégager une marge de manœuvre dans la fixation de son prix et ainsi d'acquérir un avantage concurrentiel par rapport aux autres entreprises. La différenciation confère à l'entreprise un pouvoir monopolistique⁵⁶⁷. Malgré son existence d'un siècle, aucune définition n'a été donnée au concept ni par les économistes ni par les juristes. D'une manière générale, la différenciation de produit est le fait que des entreprises différentes ou une même entreprise offrent pour satisfaire des besoins identiques des produits qui ne sont pas totalement identiques objectivement ou subjectivement. L'homogénéité du produit sur son marché n'est alors plus assurée, ce qui peut faire estomper la frontière du marché. Il est acquis, depuis les travaux d'économistes sur la question de la concurrence monopolistique, que la différenciation de produit pose des enjeux du point de vue de la délimitation du marché. Toutefois, une analyse plus précise de ces enjeux révèle que quelle que soit la forme de différenciation (§1), les enjeux résident dans l'inadaptation de la méthode de délimitation du marché et non pas dans la nature de ce processus. Ces enjeux sont relevés si la méthode traditionnelle de délimitation du marché est appliquée avec adaptation (§2).

§1. La différenciation des produits

343. Les entreprises peuvent différencier leur produit de différentes manières. Cela peut être selon les caractéristiques physiques, la localisation, la qualité, la marque, le mode de ventes et de distribution ou bien la combinaison de ces caractéristiques. En générale, la différenciation des produits se développe sous deux formes principales : la différenciation horizontales (A) et la différenciation verticale (B).

A. La différenciation horizontale

344. La différenciation horizontale admet que chaque consommateur choisit, à prix égal, un produit particulier dans l'ensemble des variétés disponibles, en fonction de sa localisation (1) ou des caractéristiques des produits (2).

1977, p. 297-308 ; K. LANCASTER, *Variety, Equity and Efficiency: Product Variety in an Industrial Society*, New York, Columbia University Press, 1979 ; J. M. PERLOFF & S. C. SALOP, « Equilibrium with Product Differentiation », *The Review of Economic Studies*, vol. 52, n° 1, 1985, p. 107-120.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

1. La localisation différente des entreprises

345. La stratégie de localisation des entreprises est théoriquement simple : afin de ne pas accroître l'intensité concurrentielle, il est nécessaire de se différencier. Cette stratégie a recours au modèle d'Hotelling⁵⁶⁸ (connu également sous le nom de modèle d'adresse) dans lequel la différenciation des biens résulte de la localisation différente des entreprises. Le modèle d'Hotelling considère deux magasins A et B qui se trouvent aux deux extrémités d'une route rectiligne et les consommateurs sont dispersés le long de la route. Si les prix pratiqués par les deux magasins sont les mêmes, chaque magasin aurait les consommateurs qui sont les plus proches de son extrémité (les plus éloignés de son concurrent) et la moitié des consommateurs qui sont situés entre eux. Si les prix pratiqués ne sont pas les mêmes, le choix du magasin des consommateurs dépend du prix de vente et du coût de transport qu'ils doivent subir pour acheter le produit.

346. En effet, dans sa décision d'achat, le consommateur doit tenir compte non seulement du prix du bien mais aussi du coût d'opportunité de se déplacer chez le vendeur. Ce coût est croissant avec la distance qui sépare le vendeur et le consommateur. Ainsi, entre deux vendeurs proposant le même bien à un même prix mais qui ne sont pas localisés au même endroit, le consommateur choisira le vendeur le plus proche. Des différences dans les localisations des entreprises entraînent donc des différences dans les préférences des consommateurs. Chaque entreprise dispose d'un certain pouvoir de marché sur les consommateurs proches de lui et cette clientèle sera d'autant plus susceptible d'être captivée que les autres entreprises qui sont éloignées et que les coûts de déplacement sont élevés. En d'autres termes, les différences de localisation des entreprises confèreraient à l'entreprise un pouvoir de « *monopole local* » dans le sens où le marché pourrait être divisé en plusieurs régions. Dès lors, le marché ne serait plus considéré comme un point où s'exerce un seul prix mais comme une entité disposant à la fois de dimension spatiale, qualitative et temporelle.

347. La stratégie de différenciation horizontale peut prendre la deuxième forme qui passe par les caractéristiques du produit.

⁵⁶⁸ H. HOTELLING, « Stability in Competition », *The Economic Journal*, vol. 39, n° 153, mars 1929, p. 41-57.

2. Les caractéristiques différentes des produits

348. Il s'agit d'une différenciation fondée sur l'hétérogénéité des préférences ou des goûts des consommateurs. Les produits ayant un usage identique, une appellation souvent identique mais un contenu en caractéristiques différentes sont différenciés par les consommateurs. En effet, certains peuvent préférer une fonctionnalité qui n'est proposée que dans le produit A et d'autres une fonctionnalité proposée seulement dans le produit B. Ainsi, le consommateur n'achète pas l'objet mais la caractéristique qu'il contient. Dans la réalité contemporaine, on trouve très fréquemment des situations où des entreprises en situation d'oligopole offrent des produits différenciés, par exemple les automobiles, les parfums, les crèmes de beauté, les lessives, les boissons non alcoolisées, les ordinateurs, etc. Ainsi, les consommateurs subissent une désutilité ou un coût subjectif à acheter un produit bien éloigné du produit qu'ils considèrent comme idéal et ils ont donc intérêt à se tourner vers le produit dont ils se sentent le plus proche.

349. Quelle que soit la différenciation horizontale, par la localisation différente ou par les caractéristiques des produits, les consommateurs sont hétérogènes dans leur choix de produits. À la différence de cette forme, la différenciation verticale consiste aux choix de qualité. Il y a une unanimité des consommateurs dans cette forme de différenciation sur un « *ordre hiérarchique* » des produits en fonction de leur qualité.

B. La différenciation verticale des produits

350. La différenciation verticale tient à des différences dans la qualité des produits. Les entreprises proposent des produits répondant au même besoin mais qui sont de qualité différente. Ainsi, à prix identique, les consommateurs préfèrent tous un produit de qualité supérieure à un produit de qualité inférieure. Dans ces conditions, pour que les produits verticalement différenciés coexistent sur un même marché, il faut que les produits de qualité inférieure soient vendus moins chers que ceux de meilleure qualité. Comment les entreprises choisissent-elles leur positionnement vertical alors ? Leur choix est guidé tout d'abord par la disposition à payer des consommateurs pour la qualité et le coût pour produire cette qualité.

351. En situation de monopole, une entreprise sera amenée à choisir le niveau optimal de qualité qui lui permet de maximiser ses profits. Ce niveau de qualité peut être très élevé si le surcoût d'une qualité supérieure est plus que compensé par les recettes additionnelles. S'il

n'existe pas l'homogénéité dans les préférences des consommateurs, l'entreprise peut aussi proposer des variantes ou versions de qualités différentes : une version de base vendue à un prix bas, une version haut de gamme vendue à un prix plus élevé.

352. En situation de concurrence, chaque entreprise tient compte aussi des choix de ses concurrents et propose une qualité un peu différente des autres pour ne pas s'exposer à une concurrence trop vive. Dans le cas d'une entreprise entrant sur le marché, son intérêt est de combler les vides, c'est-à-dire de s'installer dans les zones inoccupées par les entreprises en place. Comme cela, elle peut proposer des produits de qualité inférieure à ceux des entreprises en place, lui permettant d'avoir un coût plus faible et de pratiquer des prix plus bas et aussi d'éviter la concurrence directe avec les entreprises en place qui offrent une qualité supérieure à un prix plus élevé.

353. La qualité des produits peut être objective ou subjective. Pour parvenir à se différencier verticalement, les entreprises proposent tout d'abord des produits objectivement de meilleure qualité. Elles cherchent à fidéliser leurs clients et en attirer de nouveaux par différents moyens : rapidité des services de livraison, innovation, conseil et service après vente, etc. Mais cette différenciation objective entraîne des surcoûts de production, liés à l'utilisation des composants plus chers, à un temps de production plus long, à une main d'œuvre plus nombreuse, etc.

354. Une deuxième façon à laquelle les entreprises peuvent recourir de manière subjective est de faire du marketing ou de la publicité. La publicité par son rôle d'information et de persuasion joue alors un rôle fondamental. Elle est vue comme un élément d'information qui facilite les choix rationnels des consommateurs en réduisant leur coût de recherche. Elle réduit d'autre part la fausse différenciation de produit qui proviendrait d'une méconnaissance des produits. Elle doit aussi favoriser les entreprises de qualité qui sont plus incitées à recourir à ces moyens pour faire connaître leurs produits.

355. L'entreprise peut aussi, à travers la création d'une marque ou d'une image de marque, parvenir à convaincre les consommateurs que son produit est de meilleure qualité que celui de ses concurrents, et le vendre plus cher même si les produits sont objectivement de même qualité. L'exemple des grandes marques et les marques de distributeurs illustrent bien cette différenciation subjective. En effet, les grandes marques sont généralement vendues beaucoup plus cher que les marques des distributeurs alors que ces produits peuvent sortir des mêmes

usines. La question qui se pose est de savoir si la différence de qualité objective justifie les écarts de prix observés ? Pas toujours mais le marketing et la publicité autour des grandes marques ont pour effet d'accentuer artificiellement la différenciation et d'augmenter la disposition des consommateurs à payer pour les produits de grandes marques.

356. Par la différenciation verticale, une entreprise peut induire dans l'esprit des demandeurs que ses produits sont différents des produits d'une autre entreprise. Le produit différencié constituerait par conséquent un marché à lui seul et l'entreprise se verrait–alors–accorder un pouvoir de marché sur son marché.

357. Conclusion du §1. Quelles que soient la forme et la force de la concurrence sur le marché, les entreprises ont intérêt de proposer une gamme de biens différenciés. En effet, les stratégies de différenciation, horizontale ou verticale⁵⁶⁹, permettent aux entreprises, d'une part, de s'imposer sur le marché et d'échapper à la concurrence directe, et d'autre part, de maximiser les profits en fixant un prix plus élevé que dans une situation de concurrence et d'atteindre ainsi une position de quasi-monopole. Dans ces conditions, la différenciation des produits renvoie à l'existence de produits qui ne sont pas des substituts parfaits les uns pour les autres. Cela rend la délimitation du marché pertinent délicate car les difficultés que la différenciation des produits lui pose sont non négligeables.

§2. L'effet de la différenciation sur la délimitation du marché pertinent

358. La notion clé de la délimitation du marché pertinent est la substituabilité⁵⁷⁰. Cette notion est cependant toujours une question de degré. Quel degré de substituabilité convient-il de retenir pour juger que deux produits sont substituables ? La question se pose avec une acuité particulière dans le cas des produits différenciés car la différenciation des produits remet en cause l'évaluation du pouvoir de marché par l'approche de la délimitation du marché. Des enjeux dans la délimitation du marché pertinent en présence de produits différenciés sont reconnus et font l'objet de vives discussions (A). Cependant, ces enjeux ne résident pas dans le plan conceptuel de la délimitation du marché mais dans la méthode de délimitation du marché

⁵⁶⁹ Les deux formes de différenciation peuvent être associées dans un même modèle. Les marchés sont ainsi souvent différenciés horizontalement *et* verticalement.

⁵⁷⁰ V. *infra*, n°. 1044 et s.

pertinent et dans l'interprétation qui peut être tirée des parts de marché⁵⁷¹. Plusieurs études montrent que le test SSNIP, avec l'aide duquel un marché est délimité, est bien adapté pour traiter de telles questions (B).

A. Les difficultés liées à la délimitation du marché pertinent

359. Des produits différenciés peuvent entraîner deux problèmes dans la délimitation du marché pertinent. Le premier porte sur l'argument fréquemment utilisé dans les exercices de délimitation du marché consistant sur le fait qu'il existe une chaîne de substitution continue entre produits de sorte que même les produits qui ne sont pas directement concurrents doivent être considérés comme étant sur le même marché pertinent (1). Le second relève du raisonnement en termes d'élasticité-prix croisée qui ne tient compte que de l'effet de contrainte de substitut pris individuellement sans prendre en considération celui de substituts pris ensemble (2).

1. La chaîne continue de substitution

360. Avant d'analyser le problème lié à la chaîne continue de substitution (b), il est nécessaire de comprendre les principes généraux du test SSNIP (a) qui est largement utilisé par la Commission européenne et plusieurs autorités de concurrence.

a. Les principes généraux du test SSNIP⁵⁷²

361. Le test SSNIP ou test du monopoleur hypothétique consiste à rechercher « si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés⁵⁷³ ». Aux termes de ce test, le marché pertinent d'un produit est le plus petit ensemble de produits tel qu'un monopoleur hypothétique, sur cet ensemble de produits, aurait intérêt à augmenter les prix, de manière durable, d'un montant entre 5% et 10%. En pratique, le test s'effectue de manière itérative. Il faut procéder par tâtonnement, en partant d'un périmètre de produit initial défini le plus étroitement possible. Il s'agit d'estimer les effets d'une augmentation de 5% à 10% du prix de ce produit pendant un an sur le volume des ventes. En réponse à cette augmentation du prix, une partie des consommateurs va

⁵⁷¹ V. *infra*, n° 173.

⁵⁷² Pour les détails du test, v. *infra*, n° 945 et s.

⁵⁷³ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pts. 17 et s.

nécessairement reporter leur demande sur d'autres produits, ce qui entraîne la baisse de la demande du produit examiné. Si le profit tiré de l'augmentation des prix est suffisamment important pour compenser la baisse de la demande, la hausse de prix est profitable et le marché pertinent se limite au produit initial lui-même. Si, au contraire, l'effet négatif de la baisse de la demande l'emporte sur l'effet positif de la hausse de prix, il faut recommencer le test en élargissant le marché au substitut le plus proche. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produit soit tel qu'il devienne rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs. La même procédure est appliquée pour délimiter le marché géographique en cause.

362. Puisque la différenciation des produits rend les produits imparfaitement substituables, une augmentation du prix d'un produit aura des effets différents selon le degré de substitution des produits et cela pourrait conduire à une chaîne continue de substitution.

b. La chaîne de substitution

363. Les choix des entreprises en matière de localisation spatiale ou de positionnement de leurs offres sont motivés par la recherche de marge élevée (politique de différenciation maximale) et par la conquête des parts de marchés des concurrents (politique de différenciation minimale). La première politique suppose de s'éloigner de ses concurrents pour disposer d'une clientèle plus captive et ainsi constituer son propre marché alors que la deuxième politique implique de se rapprocher de concurrents pour venir prendre leurs clientèles. Le problème des entreprises est souvent intermédiaire : « avoir, d'une part, un produit, "suffisamment différent" pour attirer une clientèle spécifique, mais, d'autre part, avoir un produit "pas trop différent" pour susciter une demande de ceux qui étaient prêts à acheter des produits voisins⁵⁷⁴ ». L'argument d'une chaîne continue de substitution consiste au fait que les produits sur les marchés de produits différenciés ne sont ni très fortement ni très faiblement mais moyennement substituables l'un de l'autre, autrement dit la substituabilité des produits différenciés est une variable continue. Si l'on délimite le marché pertinent à l'aide du test SSNIP, les produits serviront de ponts entre eux et il sera difficile de savoir où arrêter la chaîne : le marché risque d'être délimité de manière très large, les parts de marché seront par conséquent faibles et le pouvoir de marché de l'entreprise en cause sous-estimé.

⁵⁷⁴ M-A. FRISON-ROCHE & M-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2006, note 5, p. 90.

364. La chaîne de substitution peut se produire tant dans la délimitation du marché de produit que dans la délimitation du marché géographique en cause. Dans la dimension de produit, il est très facile de l'observer dans les marchés d'automobiles, de boissons, de parfumeries, etc. Prenons l'exemple d'un marché d'automobiles où sont présents cinq modèles de voiture, A, B, C, D et E qui sont de qualité différente (et alors vendus à des prix différents) et sont adjacents comme le montre la figure 1. Supposons que A soit le concurrent direct de B ; que B soit le concurrent direct de A et C ; C de B et D ; et D de C et E, et que nous cherchions le marché pertinent du modèle A.

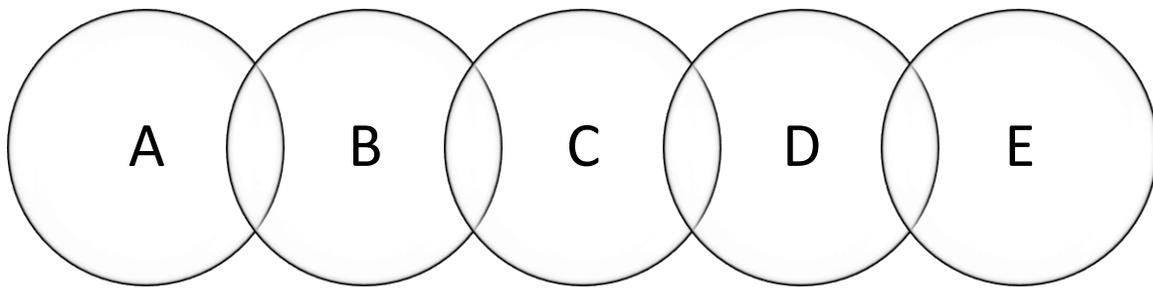


Figure 1. Chaîne de substitution hypothétique (marché de produit)

En appliquant le test SSNIP, supposons maintenant que A augmente ses prix de 10%, elle tirera profit des consommateurs qui continuent à choisir le modèle A mais elle subirait également une perte de clients qui se tournent vers B – le modèle concurrent direct de A. Si le profit net de l'augmentation des prix est négatif, le marché pertinent doit comprendre A et B. Ensuite, le SSNIP va être conjointement appliqué aux modèles A et B. Si la partie de la demande de B reportée vers C rend la hausse de prix non rentable, le marché pertinent doit être élargi et constitué par A, B et C. Et ainsi de suite, le marché pertinent pourrait être constitué par A, B, C, D et E bien que A et C, D, E ne soient pas concurrents directs. Par conséquent, l'effet de la substitution en chaîne met tous les modèles de voiture dans le même marché en cause. Une Mini est alors dans le même marché qu'une Rolls Royce alors qu'en réalité, ces deux modèles ne sont pas en concurrence.

365. La chaîne de substitution est plus répandue dans la dimension géographique du marché. L'exemple des stations-service situées au long d'une autoroute l'illustre bien.

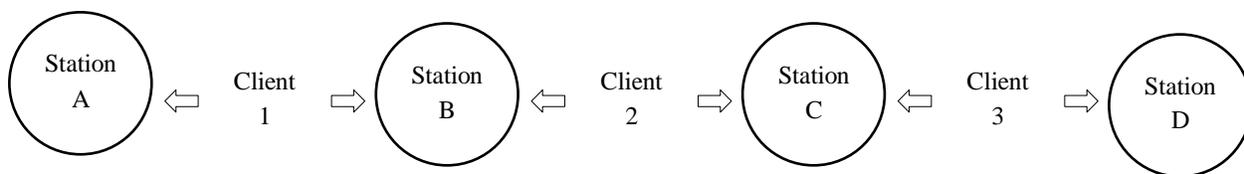


Figure 2. Chaîne de substitution hypothétique (marché géographique)

Chacune des stations-service est directement contrainte par les stations-service adjacentes (à sa gauche et à sa droite). Ainsi, la fixation de prix de la station A a un impact sur le prix pratiqué par la station B qui influe ensuite sur le prix pratiqué par la station C et ainsi de suite. Au final, la détermination de prix de la station A est susceptible d'avoir un effet sur les prix pratiqués à une station très éloignée de A, malgré l'absence de concurrence directe. Cela pourrait alors conduire à placer toutes les stations-service sur l'autoroute sur le même marché géographique pertinent.

366. N'existe-t-il pas alors de rupture entre des groupes de produits différenciés ? Le problème dans la délimitation du marché pertinent en présence de produits différenciés ne réside pas dans le fait que s'il existe une *rupture*⁵⁷⁵ entre plusieurs groupes de biens différenciés mais dans la mesure où la rupture est déterminée. En d'autres termes, il faut s'interroger si la rupture est suffisamment importante pour tracer la frontière du marché. En cas de concentration, cela a une importance considérable pour l'évaluation de l'impact concurrentiel qu'exerce une entreprise parce qu'un produit d'une entreprise est entouré d'un grand nombre de biens qui lui sont substituables à des degrés différents et qui exercent donc une contrainte concurrentielle plus ou moins forte sur lui. En conséquence, classer hors du marché pertinent ces substituts imparfaits à ceux des parties à l'opération de concentration conduirait à sous-estimer la pression concurrentielle exercée par l'entreprise les produisant. Inversement, les inclure dans le marché pertinent reviendrait à surestimer la pression concurrentielle que l'entreprise les produisant exerce sur le marché en cause.

367. Sur des marchés de produits différenciés, les critiques de la méthode de définition du marché concernent également l'utilisation des élasticités-prix croisées de la demande.

⁵⁷⁵ Voir S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, n° 4-042, p. 147 ; Lignes directrices de la Commission Australienne de la concurrence et de la consommation sur les concentrations (*Australian Competition & Consumer Commission, Merger Guidelines*), novembre 2008, pt. 4.39.

2. Les élasticités-prix croisées de la demande

368. La procédure du test SSNIP s'appuie sur un raisonnement en termes d'élasticité prix croisée qui se définit comme la variation relative de la demande du bien Y suite à une variation relative du prix du bien X⁵⁷⁶. Certains auteurs estiment que l'utilisation des élasticités croisées de la demande dans le cas de produits différenciés est problématique pour deux raisons.

369. Premièrement, il s'agit du cas des produits différenciés servant au même usage. Comme analysé dans le paragraphe précédent, les produits ayant un usage identique mais une caractéristique différente sont différenciés sous les yeux des consommateurs. Plus les différences physiques entre les produits sont importantes, moins ils sont substituables. Alors qu'en réalité, ces produits sont fonctionnellement interchangeables mais ils pourront ne pas avoir une élasticité croisée importante ou même n'en ont aucune⁵⁷⁷. Un même raisonnement a été établi pour le cas de la discrimination des prix. Plus l'entreprise est capable de pratiquer des prix distincts, à l'égard des consommateurs, de chaque produit parmi toute la gamme de produits différenciés, moins la demande est élastique bien que les produits puissent avoir une même fonctionnalité. Par conséquent, une frontière créée en se fondant sur les élasticités-prix croisées de la demande afin de séparer les substituts qui sont en mesure de limiter le comportement concurrentiel de l'entreprise en cause de ceux qui ne le sont pas sera arbitraire.

370. Deuxièmement, la nature de l'analyse des élasticités-prix croisées de la demande est de mesurer la substituabilité d'un produit avec d'autres. Cela s'effectue chaque fois pour deux produits. Il est possible sur le marché de produits différenciés qu'aucun produit ne soit très fortement substituable au produit en cause mais l'ensemble des substituts imparfaits peut avoir l'effet de contrainte sur l'exercice du pouvoir de marché de l'entreprise en cause. Pourtant, l'analyse des élasticités croisées de la demande ne peut saisir cet effet combiné de contrainte des substituts imparfaits car elle consiste à apprécier l'importance des substituts individuels. Cette pratique est bien illustrée par le scénario commun des produits de marque. S'il existe de nombreuses marques, comme c'est le cas pour les céréales du petit déjeuner, les élasticités croisées de la demande entre les paires de produits peuvent être assez faibles. Par conséquent, si les élasticités prix croisées étaient la base de la délimitation du marché, chaque marque devrait

⁵⁷⁶ V. *infra*, n°947 et s.

⁵⁷⁷ L. C. MAISEL, « Submarket in Merger and Monopolization Cases », *Georgetown Law Journal*, vol. 72, n° 39, 1983, p. 49.

être considérée comme constituant un marché distinct et l'exercice d'un pouvoir de marché substantiel pourrait être présumé. Cependant, cet exercice du pouvoir de marché peut en réalité être restreint non pas par une marque particulière mais par l'ensemble des autres marques. En revanche, même si l'élasticité croisée entre deux marques est forte, le marché ne doit pas nécessairement être constitué uniquement par ces deux marques et peut être élargi à toutes les autres marques qui peuvent être perçues par les consommateurs comme substituts si le prix de l'une des deux marques augmente.

371. Au terme de ces développements, les enjeux dans la délimitation du marché réside dans le raisonnement du test SSNIP même, élaboré par les économistes pour être spécifiquement voué à l'usage des praticiens, et non pas dans le plan conceptuel de la délimitation du marché. La chaîne de substitution et les élasticités-prix croisées de la demande rendent la délimitation du marché inappropriée, en présence de produits différenciés. Les analyses suivantes montreront cependant qu'il existe des moyens permettant au test SSNIP de s'adapter aux produits différenciés.

B. L'adaptation du test SSNIP

372. Une partie essentielle du test SSNIP est la question de savoir si une hausse hypothétique des prix de 5 – 10% serait rentable. Ce seuil d'augmentation des prix hypothétiques a été choisi pour évaluer la substituabilité des produits homogènes. L'application de ce seuil et du principe du plus petit marché aux produits différenciés a tendance à définir des marchés qui se limitent aux substituts les plus proches du produit considéré et à minimiser l'importance d'une substitution raisonnable, ce qui peut aboutir à une délimitation du marché restreint et ainsi à la surestimation de l'exercice potentiel d'un pouvoir de marché. Par ailleurs, la délimitation du marché fondée sur la différence des prix des produits conduit également à un marché défini étroitement car il peut, tout à fait pour ne pas dire souvent, arriver le cas où une entreprise, par la différenciation des produits, pratique des prix distincts à l'égard des consommateurs de chaque produit. Dans ce contexte, trois solutions sont proposées pour adapter le test SSNIP aux produits différenciés : (1) l'application d'un seuil d'augmentation des prix plus large ; (2) l'adaptation du raisonnement du test lui-même et (3) l'adaptation du moyen de mise en œuvre du test.

1. Le seuil de référence de l'ordre de 20%

373. Il est important tout d'abord de noter que l'existence d'une chaîne de substitution ne signifie pas en soi qu'il existe un marché de produits unique comprenant tous types de produits ou un seul marché géographique comprenant toutes les zones de chevauchement. La Commission européenne reconnaît le problème lié à la chaîne de substitution lors de la délimitation du marché pertinent. Cependant, elle a déclaré qu'en pratique, le concept des chaînes de substitutions doit être corroboré par des éléments de fait, par exemple l'interdépendance au niveau des prix aux limites extrêmes des chaînes de substitution, pour pouvoir, dans un cas concret, définir un marché en cause plus large⁵⁷⁸. Dans l'opération d'acquisition des usines de câbles électriques de BICC par Pirelli⁵⁷⁹, la Commission a rejeté l'argument fondé sur la chaîne de substitution des parties, estimant que les câbles électriques constituent un seul marché en cause quel que soit leur niveau de tension. Elle a fait valoir que la preuve ne permettait pas de justifier que les prix des câbles électriques haute tension ou très haute tension influent sur les prix des câbles de niveaux de tension inférieure, et inversement⁵⁸⁰. Par conséquent, la Commission a conclu que les câbles électriques basse tension et moyenne tension d'une part, et les câbles électriques haute tension et très haute tension d'autre part, appartiennent à des marchés de produits distincts. Cette position a été confirmée dans l'affaire *Lufthansa/SN Airholding*⁵⁸¹ où la Commission a rejeté l'argument avancé par Lufthansa selon lequel les passagers sensibles au facteur temps et passagers non sensibles au facteur temps devaient faire partie d'un même marché en raison de l'existence de chaînes de substitution entre les différents types de billets flexibles et non flexibles. Elle a déclaré qu'« *il n'est pas du tout certain qu'il puisse exister entre les différents types de billets une chaîne de substitution qui justifierait l'inclusion de tous les types de billets dans le même marché en cause. Les structures tarifaires compliquées et les systèmes sophistiqués de gestion du rendement visent à, et permettent aux transporteurs de, segmenter la demande de façon à tirer des prix élevés des passagers sensibles au facteur temps dont l'élasticité-prix est nettement plus faible que celle des passagers non sensibles au facteur temps. [...] L'analyse des prix réalisée par la Commission*

⁵⁷⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, préc., pt. 58.

⁵⁷⁹ Décision de la Commission du 19 juillet 2000, COMP/M.1882, *Pirelli/BICC*, JOUE L 70 du 14 mars 2003.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, para. 17

⁵⁸¹ Décision de la Commission du 22 juin 2009, COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Airholding*, JOUE C 295 du 4 déc. 2009.

[...] montre que les prix aux limites extrêmes de la chaîne de substitution alléguée (c'est-à-dire les prix des billets en classe affaires et les prix des billets non flexibles en classe économique) ont des niveaux très différents et qu'ils ne sont pas interdépendants⁵⁸² ».

374. Dans une affaire plus récente et remarquable, *Oracle/Sun Microsystems*⁵⁸³, un large marché a été défini par la Commission européenne sur la base de l'existence de chaîne de substitution entre les produits différenciés. En se référant à la délimitation du marché pertinent réalisée dans la Phase I de l'enquête sur l'affaire et qui a été retenue dans la Phase II, la Commission a déclaré que « bien que l'enquête de marché menée par la Commission lors de la première phase ait indiqué que les bases de données sont des produits différenciés du point de vue des fournisseurs comme des utilisateurs, elle [...] n'a pas identifié d'approche unique appropriée pour la délimitation du marché des bases de données. Au contraire, elle s'est plutôt orientée vers un continuum dans la substituabilité des bases de données et donc de la concurrence⁵⁸⁴ ».

375. L'élément clé de l'application du test SSNIP est le nombre des consommateurs qui se reportent vers d'autres produits lorsque le prix du produit en cause augmente. Un élément particulier qui entraîne à des limites de son application en présence de produits différenciés réside dans le seuil de 5 – 10% habituellement choisi comme référence⁵⁸⁵. Sur les marchés de produits différenciés, une augmentation des prix de 10 % ne s'avère pas pertinent pour capter des produits qui sont raisonnablement substituables au produit examiné et donc le test SSNIP a tendance à déboucher sur des marchés très étroits, limités aux substituts les plus proches. Dans le contexte des produits fortement différenciés servant le même usage, KEYTE a suggéré dans une étude d'utiliser un seuil plus large, de l'ordre de 20% qui, selon lui, pourrait permettre de donner un résultat plus satisfaisant dans l'appréciation de la réaction des consommateurs sur le marché

⁵⁸² *Id.*, para. 33.

⁵⁸³ Décision de la Commission du 21 janv. 2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun Microsystems*, JOUE C 91 du 9 avril 2010.

⁵⁸⁴ *Id.*, para. 87.

⁵⁸⁵ Il est à noter que bien que le seuil de 5% à 10% est devenu la norme établie et malgré la définition *de facto* d'une SSNIP en Europe ainsi qu'aux États-Unis et d'autres juridictions à travers le monde, il n'existe aucune explication fondamentale ou objective pour laquelle la SSNIP définissant les frontières d'un marché pertinent devrait être de 5% à 10%. Certains économistes ont essayé de donner une explication du choix de ces seuils qui n'est toutefois pas claire et aucun fondement économique pour ce choix de seuil n'est fourni, v. G. NIELS, H. JENKINS & J. KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 2016, 2^e éd., n° 2.43-2.46, p. 39-40.

considéré⁵⁸⁶. En effet, au fur et à mesure que la chaîne de substitution s'éteint, la proportion des consommateurs qui peuvent se tourner vers le produit ou la zone géographique voisine a tendance à diminuer et à un point donné de la chaîne, un monopoleur hypothétique trouverait une SSNIP rentable en dépit du nombre des consommateurs reporté.

376. Selon la logique de la substitution en chaîne, chaque produit est en concurrence directe avec les deux produits qui lui sont adjacents (à sa droite et à sa gauche) et qui exercent donc une pression concurrentielle. Supposons qu'il existe une chaîne de substitution comprenant des produits de A à Z et que les entreprises D, E, F fusionnent. L'augmentation du prix du produit E pourrait entraîner la perte d'une partie de ses consommateurs cessant de l'acheter en se tournant vers les produits D et F. Cependant, cela ne rend pas nécessairement l'augmentation du prix de E non rentable car ses ventes perdues sont récupérées par les deux autres parties fusionnantes et donc reste toujours dans le groupe. Maintenant, si le prix du produit D augmente, certains de ses consommateurs se tourneront vers les E et C. Une partie des ventes perdues de D sera captée par C mais une autre sera récupérée par E. La logique est la même en cas d'augmentation du prix du produit F. Le dernier résultat peut être qu'une hausse de prix de plus de 5-10% est rentable et que le DEF constitue un marché pertinent⁵⁸⁷. Par conséquent, il existe une rupture⁵⁸⁸ et un marché pertinent ne comprend pas nécessairement tous les produits présents sur la chaîne de substitution.

377. En fin de compte, il s'agit de la question du jugement quant à la contrainte que les autorités de concurrence considèrent comme suffisante pour délimiter le marché en cause aux fins de l'analyse de la concurrence. Le problème de la chaîne de substitution naît du choix du seuil d'augmentation du prix de référence, il ne nous semble donc pas qu'il soit pertinent d'appliquer un même seuil aux produits homogènes qu'aux produits fortement différenciés ayant un même usage. Le seuil de 5-10% habituellement utilisé est plus approprié pour déterminer les substituts les plus proches que les substituts raisonnables qui existent souvent dans le cas des produits différenciés. Pour ce dernier, l'utilisation d'un seuil plus large, de l'ordre de 20%, serait

⁵⁸⁶ J. A. KEYTE, « Market Definition and Differentiated Products: The Need for A Workable Standard », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 3, 1995, p. 697-748, spéc. p. 701.

⁵⁸⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurements*, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁸⁸ V. également Lignes directrices australiennes du contrôle des concentrations de 2008 qui indiquent qu'il y a souvent une rupture sur la chaîne de substitution de telle sorte que les produits sur un côté de la rupture ne sont pas des substituts proches de ceux de l'autre côté de la rupture, para. 4.39, disponible sur le site <https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines.pdf> (consulté le 17 juin 2017).

plus pertinent afin d'évaluer la réaction des consommateurs sur le marché considéré. Si l'adaptation du test SSNIP en termes de seuil de référence pourrait permettre de résoudre le problème lié à la chaîne de substitution étant entraîné par la différenciation de la caractéristique des produits, l'adaptation du test en termes de raisonnement pourrait permettre de résoudre le problème lié à la discrimination des prix souvent entraînée par la différenciation de la qualité des produits.

2. L'adaptation du raisonnement du SSNIP

378. Il est nécessaire de noter que la différence des prix n'entraîne pas nécessairement l'inélasticité de la demande car la différence des prix reflète souvent la différence de la qualité du produit (réelle ou perçue), des services, des points de ventes ou du coût de transport. Alors, lorsque les produits ont la même fonctionnalité mais sont de qualité différente, la différence des prix ne donne aucune indication du pouvoir d'une entreprise de pratiquer ce que les économistes appellent la discrimination par les prix. Le fait que l'entreprise A est en mesure de facturer cinquante euros pour le produit X tandis qu'il est vendu par l'entreprise B à quarante euros ne signifie pas nécessairement que les deux entreprises constituent des marchés distincts. Le prix d'un produit n'est considéré comme discriminé que si deux conditions sont réunies : la première consiste au fait que le fournisseur est en mesure de facturer des prix différents à des groupes de clients objectivement distincts. La seconde exige que l'arbitrage par des tiers ne soit pas réalisable. Dans ce sens, le test SSNIP peut être appliqué en s'adaptant aux principes de la discrimination par les prix pour délimiter le marché pertinent en présence de produits différenciés⁵⁸⁹. Pour cela, il est indispensable de répondre à deux questions : (a) est-il possible d'identifier les consommateurs dits *infra-marginaux*, non sensibles aux variations de prix ? et (b) ces consommateurs sont-ils suffisamment protégés par un nombre plus grand de consommateurs dits *marginaux*, susceptibles de se tourner vers une autre variété du bien en cas d'augmentation du prix de la variété considérée ?

⁵⁸⁹ Si la première condition de la pratique de discrimination par les prix n'est pas satisfaite, autrement dit s'il n'est pas possible, pour un monopole hypothétique contrôlant plusieurs gammes de produits différenciés, de facturer des prix différents à des consommateurs de chaque produit, le SSNIP sera appliquée telle quelle aux différents produits sans adaptation nécessaire.

a. L'identification des consommateurs infra-marginaux

379. L'identification des consommateurs infra-marginaux est un élément essentiel de l'approche de la discrimination par les prix car elle jette les fondements pour évaluer s'il existe un groupe de consommateurs ayant besoin d'une protection contre l'exercice du pouvoir de marché. La façon la plus courante d'identifier les consommateurs infra-marginaux est de localiser ceux qui subissent des coûts importants en se tournant vers des produits ayant le même ou similaire usage⁵⁹⁰. Dans une première affaire⁵⁹¹ dans laquelle la Commission a examiné si un groupe distinct de consommateurs constituait le marché pertinent, l'argument n'était pas pleinement développé. Il s'agissait de l'activité de vente par correspondance. Lors de la délimitation du marché, la Commission a examiné si les ventes par correspondance de biens de consommation étaient en concurrence avec les ventes en magasin des mêmes produits. Elle a constaté qu'il y avait un segment de consommateurs âgés, des personnes handicapées et des personnes vivant dans des zones rurales isolées qui ne pourraient obtenir certains biens de consommation que par correspondance et pour lesquels le service offert par un distributeur de détail dans les points de vente ne constituait pas une alternative viable. Cependant, la Commission n'a pas examiné si ce segment constituait un marché distinct : elle n'a pas indiqué s'il était possible d'identifier ces personnes et qu'une pratique de discrimination par les prix leur soit appliquée, ou s'il serait possible pour d'autres personnes d'acheter en leur nom afin de profiter du prix bas des magasins. Dans une décision ultérieure, la Commission a été plus claire en déclarant que le fait que la moitié des touristes qui ont décidé de faire une croisière ne se reporteraient pas vers d'autres types de vacances si les prix des vacances en croisière augmentaient de 10% doit conduire à considérer les croisières comme constituant un marché de produit distinct⁵⁹². Pourtant, cette évaluation est erronée d'un point de vue économique. En effet, si l'autre moitié des touristes considèrent d'autres types de vacances comme substituables, l'augmentation des prix de 10% ne sera pas profitable. En l'espèce, la discrimination par les prix n'est pas possible car il est impossible d'établir si un client individuel appartient au cinquante pour cent des consommateurs étant prêts à payer des prix plus élevés ou à l'autre cinquante pour

⁵⁹⁰ J. A. KEYTE, « Market Definition and Differentiated Products: The Need for A Workable Standard », *op. cit.*, p. 740.

⁵⁹¹ Décision de la Commission du 21 mars 1991, IV/M.070, *Otto/Grattan*, JOCE C 93 du 11 avril 1991.

⁵⁹² Décision de la Commission du 19 juill. 1993, IV/M.334, *Costa Crociere/Chargeurs/Accor*, JOCE C 204 du 28 juill. 1993, paras. 15.2-16.

cent des consommateurs qui considèrent d'autres types de vacances comme des substituts. Cette approche a été abandonnée dans une décision du 24 juillet 2002 de la Commission ayant examiné des mêmes marchés pertinents⁵⁹³. Dans ses décisions ultérieures, la Commission a effectué des analyses beaucoup plus détaillées pour identifier les consommateurs infra-marginaux. Dans l'affaire *CVC/Lenzing*, elle a demandé aux consommateurs directs des parties concernées s'ils considéraient les fibres discontinues de viscose (fibres cellulosiques artificielles discontinues) comme substituables aux fibres discontinues de lyocell, synthétiques et naturelles et en particulier s'ils se tourneraient vers les autres fibres en cas de l'augmentation de 5-10% du prix des fibres discontinues de viscose⁵⁹⁴. L'enquête réalisée par la Commission a révélé que la majorité des clients ont déclaré qu'ils ne se tourneraient pas vers d'autres produits. Certains d'entre eux ont déclaré qu'ils cesseraient ou réduiraient la production de produits à base de fibres de viscose, ce que la Commission a interprété comme une preuve que ces clients dépendent fortement d'un type de fibre spécifique et ne sont pas en mesure de passer à d'autres fibres, même s'il devait y avoir des augmentations de prix sensibles et permanentes⁵⁹⁵. L'analyse de la Commission a également montré qu'une augmentation de 5-10% du prix des fibres de viscose causait des pertes de ventes de fibres des parties concernées, celles qui ne seraient toutefois qu'inférieures à 5%⁵⁹⁶. Par conséquent, la Commission a conclu que la substituabilité sur le plan de la demande entre les fibres de viscose et les autres fibres était insuffisante pour les inclure toutes dans le même marché en cause. Dans une autre affaire concernant la concentration de *Votorantim/Fischer/JV*⁵⁹⁷, la question était de savoir si le jus d'orange constituait le marché de produits distinct qui n'inclut pas d'autres jus de fruits comme le jus de pomme ou de raisin. La Commission européenne a constaté que pour la majorité des consommateurs, une augmentation de 5% à 10% du prix du jus d'orange n'aurait aucun effet sur la quantité de jus d'orange qu'ils achèteraient. En particulier, le jus d'orange était le parfum préféré des consommateurs et/ou représentait une très grande partie de leur portefeuille. Sa substitution par d'autres jus de fruits leur est donc hautement improbable⁵⁹⁸. En conclusion, une augmentation de prix légère mais

⁵⁹³ Décision de la Commission du 24 juill. 2002, COMP/M.2706, *Carnival Corporation/P&O Princess*, JOUE L 248 du 30 septembre 2003.

⁵⁹⁴ Décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, JOCE L 82 du 19 mars 2004, paras. 20-29.

⁵⁹⁵ *Id.*, paras. 36 et 42.

⁵⁹⁶ *Id.*, para. 40.

⁵⁹⁷ Décision de la Commission du 4 mai 2011, COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*.

⁵⁹⁸ *Id.*, para. 74.

significative et permanente du jus d'orange ne pousse pas des consommateurs à se tourner vers d'autres jus de fruit.

380. L'identification des consommateurs infra-marginaux est beaucoup plus complexe lorsque la réticence des consommateurs à changer des produits reflète des préférences de marque ou des goûts purement personnels plutôt que l'utilité du produit lui-même. Dans ce contexte, la pratique décisionnelle de la Commission européenne montre que le groupe des consommateurs infra-marginaux est souvent identifié par une caractéristique particulière ou une combinaison de caractéristiques du produit. À titre d'exemple, dans l'affaire *Kraft Foods/Cadbury*⁵⁹⁹ qui concerne l'acquisition de *Cadbury PLC* (Royaume-Uni) par *Kraft Foods Inc.* (États-Unis), deux producteurs de tablettes de chocolat, la Commission a constaté qu'un grand nombre de consommateurs britanniques a une forte préférence pour le chocolat britannique traditionnel par opposition au chocolat de « type continental » en raison du goût distinct, de la texture et de la tradition. Elle a également constaté que la majorité des consommateurs britanniques ne se tourneraient pas vers le chocolat de type continental si le prix du chocolat britannique traditionnel augmente de 5-10%⁶⁰⁰. Chaque produit constitue alors un marché de produit distinct.

381. En appliquant l'approche de la discrimination par les prix, l'identification des consommateurs infra-marginaux n'en est que le point de départ. Il importe de s'interroger si ces consommateurs ne sont pas protégés par les consommateurs qui transfèrent leur achat aux alternatives lorsqu'ils font face à une augmentation du prix du produit considéré.

b. La protection des infra-marginaux par les consommateurs marginaux

382. Un marché délimité de façon étroite n'est raisonnable que s'il est prouvé que les consommateurs infra-marginaux identifiés ne sont pas protégés par les consommateurs marginaux. La question qui se pose est d'établir le nombre de consommateurs infra-marginaux et de savoir si ce nombre est suffisamment important pour constituer un marché de produit distinct. Il s'agit de ce que la partie qui invoque le marché étroit doit prouver (normalement l'autorité de

⁵⁹⁹ Décision de la Commission du 6 jan. 2010, COMP/M.5644, *Kraft Foods/Cadbury*, JOUE C 29 du 5 fév. 2010.

⁶⁰⁰ *Id.*, para. 56. V. également décisions de la Commission du 15 oct. 1997, IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*, JOCE L 288 du 27 oct. 1998, para. 14 ; du 17 juillet 2008, COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*, JOUE C 219 du 28 août 2008 ; Arrêt du TPICE du 15 décembre 2010, *CEAHR c./Commission*, T-427/08, *Rec.* p. II-5865, para. 74.

concurrence ou le demandeur). Dans l'affaire *Procter&Gamble/VP Schickedanz (II)*⁶⁰¹, une question essentielle dans l'enquête de la Commission était de savoir si les tampons et les serviettes hygiéniques devaient être inclus dans le même marché pertinent. Les parties fusionnantes ont déclaré que ces deux types de produits de protection féminine constituaient un seul marché. Elles ont fait valoir qu'il existait une élasticité croisée relativement élevée entre *Always* (la serviette *leader* sur le marché allemand depuis le début de 1994) et *ob* (le tampon *leader* sur le marché allemand) en cas de baisse du prix de ce premier et une élasticité croisée beaucoup plus faible en cas d'augmentation de son prix. Elles ont fourni des données scannées des ventes qui montrent qu'« une réduction de [...] du prix d'*Always* a entraîné une augmentation de [...] des ventes de ce produit et un décroissement de [...] des ventes d'*ob* alors qu'une augmentation de [...] du prix d'*Always* a entraîné une chute de [...] des ventes de ce produit et un accroissement de [...] des ventes d'*ob*⁶⁰² ». Cette preuve a été cependant rejetée par la Commission qui a déclaré en revanche qu'il existait des marchés séparés pour les tampons et les serviettes hygiéniques. En effet, la Commission a critiqué tout d'abord le calcul des élasticités soumis par les parties pour leur approche univariée, ils n'ayant pas tenu compte de variables explicatives potentiellement importantes comme les facteurs saisonniers et les variations de prix dans les magasins qui ne sont pas inclus dans les données utilisées. Elle a constaté ensuite qu'*Always* était vendu 50% plus cher qu'*ob*. Par ailleurs, plusieurs éléments de preuve ont montré que les prix des serviettes *Always* sont restés stables à la suite d'une hausse de 25% de prix d'*ob* et que le volume des ventes de l'ensemble des serviettes n'a enregistré aucune réaction sensible à l'augmentation du prix des tampons⁶⁰³. Cela signifie que les consommateurs marginaux d'*ob* ne représentent qu'un tout petit nombre qui n'est pas suffisant pour rendre l'augmentation du prix d'*ob* non rentable. Par conséquent, les consommateurs infra-marginaux d'*ob* ne sont pas protégés. Ainsi, les serviettes et les tampons constituent chacun un marché distinct.

383. De même, dans sa décision *Friesland Foods/Campina*⁶⁰⁴, la Commission a constaté que la demande inélastique et les faibles élasticités croisées entre les produits laitiers de base (lait,

⁶⁰¹ Décision de la Commission du 21 juin 1994, IV/M.430, *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*, JOCE L 354 du 31 déc. 1994.

⁶⁰² *Id.*, para. 54.

⁶⁰³ *Id.*, para. 70.

⁶⁰⁴ Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009.

babeurre, yaourt nature et crème dessert) laissent supposer que ces produits constituent chacun des marchés pertinents distincts. En effet, aucun consommateur ne regroupe ces quatre produits, très peu ont vu une possibilité de substitution entre le lait frais et le yaourt ou le babeurre frais et le yaourt, et seule une minorité des consommateurs considèrent que le lait frais et le babeurre frais pourraient être échangés. La minorité des consommateurs marginaux n'est donc pas en mesure de protéger les consommateurs infra-marginaux qui sont majoritaires et insensibles à l'augmentation du prix. Il n'existe donc pas de substitution entre ces produits⁶⁰⁵.

384. La discrimination par les prix et la définition d'un marché pertinent pour différents types de clients est une caractéristique très fréquente dans la pratique de la Commission européenne. Cependant, il ressort clairement de ces développements que dans les cas où des produits différenciés sont impliqués, ce qui compte, dans le but de délimiter le marché pertinent, n'est pas vraiment une grande différence de prix absolue entre produits mais le fait que si un changement du prix d'un produit est susceptible d'avoir un impact concurrentiel sur le prix d'un autre. Si l'on raisonne avec cette logique et réalise l'enquête sur la discrimination par les prix en identifiant les consommateurs infra-marginaux et en déterminant la réaction éventuelle des consommateurs marginaux tout en considérant un seuil d'augmentation des prix plus large, de l'ordre de 20%, le test SSNIP est tout à fait en mesure de justifier si deux ou plusieurs produits différenciés constituent chacun un marché pertinent et si l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entreprise pratiquant la discrimination des prix est présumée.

385. Si les principes du test SSNIP peut très bien s'adapter pour délimiter les marchés pertinents caractérisés par des produits différenciés, la faisabilité de l'adaptation des moyens de le mettre en œuvre confirme sa pertinence.

3. Le test SSNIP et la nouvelle *Critical Loss Analysis*

386. Certains économistes⁶⁰⁶ ont récemment proposé un nouvel outil qui permet de délimiter le marché pertinent à l'aide du test SSNIP en appliquant la *Critical Loss Analysis* (CLA) à un

⁶⁰⁵ *Id.*, paras. 154-157.

⁶⁰⁶ J. FARELL & C. SHAPIRO, « Improving Critical Loss Analysis », *Antitrust Source*, fév. 2008, p. 1-20; Ø. DALJORD, L. SØRGARD & Ø. THOMASSEN, « The SSNIP Test and Market Definition With The Aggregate Diversion Ratio: A Reply to Katz and Shapiro », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, n° 2, 2008, p. 263-270; A. T. KATE & G. NIELS, « The Concept of Critical Loss for a Group of Differentiated Products », *Journal of Competition & Economics*, vol. 6, n° 2, 2010, p. 321-333.

groupe de produits différenciés. Il convient de noter que la CLA⁶⁰⁷ est un des moyens utilisés par la Commission européenne et plusieurs autres autorités pour mettre en œuvre le test SSNIP. Supposons que l'augmentation de 5% du prix du produit considéré n'est pas profitable, il est nécessaire de réitérer le test qui s'applique cette fois à un substitut du produit en cause. Si, sur les marchés de produits homogènes, le SSNIP est appliqué au produit le plus proche du produit considéré, le produit auquel il est appliqué sur des marchés de produits différenciés n'est pas nécessairement celui qui absorbe la plus grande part des ventes perdues du produit considéré à l'issue de l'augmentation de ses prix mais peut être n'importe lequel qui appartient au groupe de produit (ou tous les produits du groupe). La nouvelle *Critical Loss Analysis* pour les produits différenciés met l'accent sur le ratio de diversion entre ces produits. La formule de la *critical loss* (ou perte critique) dépend alors non seulement du seuil de l'augmentation du prix et de la marge initiale mais aussi de la part des ventes perdues récupérées par l'ensemble des autres produits du groupe, cette dernière n'est pas prise en compte par la CLA employée dans le cas des produits homogènes. Plus le ratio de diversion intra-groupe est élevé, moins le monopoleur hypothétique se préoccupe de la perte des ventes et plus le SSNIP est rentable. La formule de la nouvelle *Critical Loss* (CL) peut être exprimée comme suivant⁶⁰⁸ :

$$CL = \frac{S}{S+m(1-d)}$$

Où S est l'augmentation de prix, m la marge, d le ratio de diversion intra-groupe et $(1 - d)$ représente le pourcentage des ventes perdues récupérées par les produits en dehors du groupe.

387. Pour illustrer l'application de cette nouvelle CLA aux produits différenciés, supposons que le monopoleur hypothétique contrôle les produits A, B et C, et qu'il augmente le prix du A de 10%, que la marge initiale est de 40%. La perte critique est égale à 10% divisé par 10% +40% (1 - d). Si le ratio de diversion d est égal à 0, signifiant que la perte totale des ventes est absorbée par les produits en dehors du groupe ABC, la perte critique sera de 20%. Si d est égal à 0.3 par exemple, signifiant que 30% des ventes perdues sont récupérées par les produits B et C, la perte critique sera de 26,3%. Le monopoleur se préoccupe donc moins lorsque la perte critique est de 20% que lorsqu'elle est de 26,3%. Afin de conclure si le SSNIP est profitable ou non, il faut la comparer avec la perte effective escomptée (*actual loss*) – la perte que le monopoleur subirait en

⁶⁰⁷ Pour le détail du principe et de l'application de la CLA, v. *infra.*, n° 974 et s.

⁶⁰⁸ A. T. KATE & G. NIELS, « The Concept of Critical Loss for a Group of Differentiated Products », *op. cit.*, p. 321-333.

augmentant les prix⁶⁰⁹. Le SSNIP sera rentable si la perte critique est plus importante que la perte effective escomptée.

388. Conclusion du B. Si les enjeux de la délimitation du marché pertinent en présence de produits différenciés résident dans le raisonnement économique de la méthode du monopoleur hypothétique, les développements qui précèdent ont montré que l'adaptation de la méthode, tant en terme de son raisonnement qu'en terme des moyens de sa mise en œuvre, pourrait résoudre les problèmes soulignés. Cependant, il ressort de l'examen de la jurisprudence européenne qu'alors que la Commission européenne et les juges ont utilisé le principe de la discrimination des prix pour évaluer si une délimitation d'un marché étroit est justifiée lorsque les produits différenciés sont impliqués, ils ne les ont appliqués dans aucun cas, jusqu'à présent, en utilisant un seuil d'augmentation des prix hypothétique supérieure à 10%. Cela explique, à notre avis, pourquoi les marchés de produit en cause sont souvent délimités étroitement dans les affaires où il existe une forte différenciation de produits.

389. Conclusion du §2. À s'en tenir aux enjeux de la délimitation du marché pertinent dans le cas de produits différenciés, il nous a paru nécessaire de réviser la méthode de monopoleur hypothétique. La différenciation des produits provoque la diversité des degrés de la substitution des produits. Or, les principes et le raisonnement de la méthode traditionnellement appliqués aux produits homogènes ne sont pas en mesure d'évaluer pleinement les réactions des consommateurs face à une augmentation des prix. La diversité des degrés de la substitution des produits crée la tension entre l'inclusion dans le marché de tous les produits qui sont des substituts raisonnables pour les consommateurs et la nécessité de délimiter le marché de manière plus étroite lorsqu'il existe un risque considérable que certains consommateurs ne soient pas protégés d'un exercice potentiel d'un pouvoir de marché substantiel. Pour résoudre ces inconsistances et déficiences de la méthode, la réforme peut porter sur la considération d'un seuil d'augmentation du prix des produits plus large que celui actuellement appliqué, l'adaptation du raisonnement de la méthode en vue de l'identification des consommateurs infra-marginaux et de la détermination des consommateurs marginaux, ainsi que l'adaptation de la *Critical Loss Analysis*. Tout dépend de la volonté de la Commission européenne.

⁶⁰⁹ La perte effective escomptée peut être obtenue en multipliant l'augmentation de prix par l'élasticité-prix de la demande. V. *infra*, n° 978.

390. Conclusion de la Section 1. La différenciation de produit demeure une stratégie à laquelle les entreprises ont souvent recours afin d'acquérir ou de renforcer son pouvoir de marché. Dans la plupart des marchés, les transactions concernent les produits qui ne sont pas exactement les mêmes et les consommateurs doivent sélectionner entre les produits qui sont des substituts imparfaits l'un pour l'autre. La différenciation de produit, que ce soit suivant les caractéristiques du produit, sa localisation ou sa qualité amoindrit l'homogénéité du produit et fait de la méthode de monopoleur hypothétique traditionnelle un outil inadapté en vue de la délimitation du marché. Le principe du plus petit marché de la méthode suscite une chaîne de substituts interminables alors que le raisonnement de l'élasticité-prix croisée de la demande lors de l'application du test SSNIP limite aux substituts les plus proches, ignorant les substituts raisonnables. Pendant de nombreuses années, la méthode a été appliquée, en droit européen de la concurrence, telle quelle aux produits différenciés, donnant lieu à des décisions incohérentes d'un point de vue juridique et critiquable d'un point de vue économique. Par conséquent, il est nécessaire de réviser la méthode traditionnelle. Les développements qui précèdent ont montré les directions qui peuvent se dégager pour adapter la méthode du monopoleur hypothétique aux produits différenciés.

391. Transition. Si les enjeux que la différenciation de produit pose au processus de la délimitation du marché pertinent portent sur la *différenciation statique* et peuvent être relevés en adaptant l'approche d'analyse traditionnelle, ceux qui lui sont posés par l'innovation portent sur la *différenciation dynamique* et fondamentale, exigeant un changement d'approche d'analyse radical.

Section 2. Les marchés dynamiques et innovants

392. Les marchés dynamiques et innovants sont les marchés caractérisés par de rapides avancées technologiques incluant, *inter alia*, les secteurs comme ceux des télécommunications, des médias, de la technologie informatique, de la technologie aérospatiale, de la biotechnologie ou de la technologie médicale. Alors que l'innovation y est cruciale et conditionne la réussite des entreprises présentes, elle affecte considérablement la structure du marché et modifie la nature de la concurrence, posant de vrais enjeux à l'analyse traditionnelle du marché et particulièrement au processus de la délimitation du marché fondée sur les tests de prix. Le dynamisme des marchés innovants (§1) qui produit des effets significatifs sur la délimitation du marché pertinent (§2)

exige que la Commission européenne développe une approche plus dynamique qui lui permettra d'intégrer les particularités que présente l'innovation dans l'analyse concurrentielle, notamment en matière de contrôle des concentrations.

§1. *Le dynamisme du marché*

393. Un marché n'est jamais statique. Cela est vrai d'autant que le marché est caractérisé par le changement rapide de la technologie. Puisque l'adoption des stratégies par les entreprises dépend du développement du marché, la situation concurrentielle ainsi que les atteintes à la concurrence que peut générer une opération ou une pratique d'entreprises varient en fonction du niveau de développement du marché. En conséquence, il est nécessaire que l'analyse concurrentielle soit effectuée non seulement dans une perspective statique mais aussi dans une perspective dynamique du marché. Celle-ci est particulièrement critique pour les marchés innovants (B). Pour analyser la dynamique du marché, les économistes ont élaboré une théorie du cycle de vie des produits permettant d'identifier la phase à laquelle se situe le marché en question (A).

A. La théorie économique du développement du marché

394. Les économistes⁶¹⁰ décrivent le cycle de vie d'un produit comme celui décrit en biologie⁶¹¹. En effet, la vie d'un produit est découpée en quatre phases : phase de lancement du produit sur le marché (correspondant à la naissance), de décollage (correspondant à la croissance), de maturité (correspondant à la vieillesse) et de déclin (correspondant à la mort)⁶¹². Le fait que la durée de vie d'un produit soit variable dépend de ses caractéristiques propres ainsi

⁶¹⁰ GORT et KLEPPER sont les deux économistes qui ont proposé un modèle de cycle de vie du produit étant considéré comme le cadre de référence des analyses d'évolution de long terme des industries, voir M. GORT & S. KLEPPER, « Time Paths in the Diffusion of Product Innovations », *Economic Journal*, vol. 92, n° 367, 1982, p. 630-653.

⁶¹¹ Certains économistes utilisent la métaphore en décrivant le ballet hallucinant de poissons qui s'entre-tuent : « Des petits requins affamés entrent à l'occasion d'une grande marée dans un étang. Ils y mangent les petits poissons puis se mangent entre eux. Les plus forts survivent, engraisent, vieillissent, se ramollissent. À la grande marée suivante, de jeunes requins arrivent, les dévorent à leur tour », *Revue française de marketing*, Paris, ADETEM, n° 135, mai 1991.

⁶¹² Il est à noter qu'il existe différentes terminologies utilisées pour nommer les phases de développement du marché : les économistes retiennent les phases de lancement, de décollage, de maturité et de déclin ; l'économiste J. ZACHMANN, en particulier, fait référence aux phases de démarrage, de croissance, de maturité et de déclin ; le formulaire CO relatif à la notification d'une concentration les nomme les phases de décollage, d'expansion, de maturité et de déclin (point 8.2 du formulaire conformément au règlement CE 139/2004, point 8.5 du formulaire conformément à l'ancien règlement CEE 4064/89).

que de l'utilisation qui en est faite et la situation de concurrence des produits varie selon leurs phases de développement (1). Selon le type de produit, la durée de chaque phase de développement varie fortement. Les marchés de produits innovants sont particulièrement caractérisés par l'innovation qui fait que les produits ou services peuvent être remplacés sans qu'ils passent par tous les phases de développement (2).

1. Les phases de développement du marché

395. Chacune des quatre phases de développement du marché sera examinée successivement.

a. La phase de lancement

396. La phase de lancement consiste à l'introduction du produit sur le marché. Il s'agit d'une phase très onéreuse car le coût de production et de développement du produit est important alors que les bénéfices sont souvent réduits, voire négatifs. En effet, en cette phase, les entreprises cherchent à introduire le produit sur le marché. Le volume de production est limité et il nécessite d'un certain temps pour que le produit se fasse connaître et s'installe sur le marché. Le volume de vente est alors souvent faible. Par ailleurs, les entreprises doivent faire des dépenses importantes d'ordre promotionnel au niveau du lancement des produits. Tous ces éléments rendent le prix du produit élevé. Par conséquent, la réussite de l'introduction d'un nouveau produit est souvent très faible⁶¹³. Puisqu'il s'agit d'une étape où les entreprises créent leur demande primaire, des efforts sont faits pour surmonter des difficultés naturelles plutôt que pour se lancer dans un combat concurrentiel afin de tirer des profits. Une fois que le produit s'est mis sur le marché avec succès, le marché entre dans la phase de croissance.

b. La phase de décollage

397. Il s'agit d'une phase pendant laquelle les entreprises font face à un changement de demande, de concurrence et de législation. En effet, cette phase de décollage se concrétise par la création du marché, autrement dit c'est la phase où le produit rencontre son marché. Les consommateurs commencent à remarquer les produits et donc les ventes s'accroissent. Il s'agit là du stade où les entreprises baissent leurs prix sur le temps, fidélisent et élargissent la clientèle en développant leur positionnement de marque, réalisent des économies d'échelle et accroissent les

⁶¹³ Selon Nielsen, seulement 10% des nouveaux produits réussissent en phase de lancement.

profits. Attirés par les marges élevées, le marché en cette phase connaît l'entrée de nouveaux concurrents qui pourraient modifier le comportement des consommateurs à travers le phénomène de report. C'est également à ce stade que les entreprises exercent la stratégie de différenciation du produit afin, d'une part d'échapper à la concurrence et, d'autre part de dégager une marge de manœuvre dans la fixation de leur prix. La concurrence sur le marché s'exerce ainsi tant au niveau des prix qu'au niveau des quantités. En fonction du type de produits, de leurs caractéristiques propres et des conditions d'usage, la durée de la phase de décollage peut être très longue (par exemple les produits électroménagers) ou très courte (par exemple les produits de mode ou le prêt-à-porter) avant que le marché atteigne sa maturité.

c. La phase de maturité

398. À ce stade, le marché commence à se stabiliser. Les bénéfices seront les plus élevés car l'entreprise peut rentabiliser l'ensemble de son système de production : coûts de production faibles, maximum des volumes de ventes. Toutefois, le potentiel de nouveau client est devenu relativement faible. Au fur et à mesure, les ventes progressent plus légèrement et finissent par se stabiliser. Pour éviter d'être exclues du marché, les entreprises, d'une part, dépensent considérablement pour les promotions commerciales afin de renforcer la fidélité de leurs consommateurs et de tenter de voler des clients aux concurrents, et d'autre part, continuent à différencier leurs produits et à renforcer leur marque. La concurrence se fait de plus en plus rude et s'axe plutôt sur les prix. Certaines entreprises dont les marges sont trop faibles sont obligées de quitter le marché. Ce sont seulement les entreprises possédant une expérience importante et étant les plus concurrentielles (le nombre n'est souvent que de deux à trois entreprises) resteront sur le marché. Celles-ci essaient de maintenir cette phase le plus longtemps possible en retardant le plus possible la phase suivante : la phase de déclin du marché.

d. La phase de déclin

399. Le marché entre dans la période de ralentissement. Les ventes sont en chute pour diverses raisons, notamment par la modification des préférences des consommateurs et l'apparition des produits concurrents plus innovants qui répondent à un nouveau besoin de ces derniers. La plupart des entreprises à ce stade n'ont pas d'autres choix que de baisser les prix afin d'écouler les stocks avant de quitter le marché. Seulement certaines entreprises qui sont les plus solides

peuvent encore maintenir leur produit en créant une nouvelle marque, étendant les gammes ou améliorant le produit. Cette innovation mène à une segmentation du marché. La discrimination par les prix est alors utilisée pour exploiter tous les segments de marché. Il est à noter que ces actions mises en place par les entreprises ont plutôt pour objectif de retenir leurs clients actuels, vu qu'il est très difficile à ce stade d'attirer de nouveaux clients. Cependant, la production va s'arrêter à plus ou moins long terme en fonction du niveau de nouveauté du produit et de la politique de prix exercée par l'entreprise.

400. Ce sont les quatre phases de développement du marché généralisées en théorie économique. Toutefois, l'évolution d'un marché à travers ces phases n'est pas toujours assurée. Certains types de marché, en particulier les marchés de produits innovants, semblent sauter les phases.

2. Le développement et les caractères des marchés innovants

401. Les marchés innovants se caractérisent par de rapides avancées technologiques qui résultent des activités de recherche et développement (R&D). Le développement de ces marchés peut ne pas passer par toutes les phases de développement d'un marché de produits ou de services traditionnels. En particulier, certains secteurs, à savoir les secteurs pharmaceutiques et de télécommunications, présentent des particularités affectant considérablement la situation de concurrence sur le marché et ayant des impacts significatifs sur le processus de la délimitation du marché pertinent. Nous examinerons tour à tour les spécificités dans le développement du marché ainsi que ses caractéristiques dans ces secteurs de télécommunications (a) et pharmaceutique (b).

a. Le marché des télécommunications

402. Les télécommunications consistent à établir un lien de communication entre deux points connectés via un réseau ou plusieurs réseaux. Le niveau de réseau est complété par un niveau de service : les consommateurs ne s'intéressent à se connecter à un réseau que s'ils obtiennent le service correspondant à sa dépense. De tels services consistaient initialement en la fourniture de téléphones vocaux aux niveaux local, national ou international, puis en services de données ou internet. Traditionnellement, les télécommunications étaient principalement composées d'un trafic vocal plutôt que de données. De nos jours, les données représentent plus que la majorité du

trafic sur les réseaux de télécommunications et la voix est sur le point d'être reléguée au rang d'une sous-application de services de données. Le marché des télécommunications représentant des particularités d'ordre de réseaux (ii), son développement ne se déroule pas de la même manière que celle des marchés traditionnels (i).

i. Le développement du marché des télécoms

403. Le développement des marchés des télécommunications est marqué par une innovation quasi permanente. Dans le secteur des télécommunications, il est nécessaire tout d'abord de faire un distinguo entre le marché de gros (*upstream market*) et le marché de détail (*downstream market*). Ce dernier comprend des opérateurs « *service-based* » offrant des services aux utilisateurs finaux alors que le premier comprend des opérateurs « *facility-based* » fournissant aux opérateurs *service-based* l'accès à leurs réseaux afin que ces derniers puissent fournir leurs services aux utilisateurs finaux.

404. Le marché de gros est caractérisé par de gros investissements dans l'installation des infrastructures de réseau ainsi que dans la recherche et développement en vue d'obtenir des nouvelles technologies permettant d'offrir aux utilisateurs des débits plus élevés et une meilleure qualité de service. A côté de la construction des réseaux physiques de communication, le développement des technologies de réseaux est un facteur crucial. Cela consiste en un accroissement de la capacité et de la qualité de transmission de données et à rendre les réseaux interopérables. Les technologies des réseaux ont remarquablement évoluées depuis les années 1980. Aujourd'hui, on assiste à la course violente aux réseaux à très haut débit reposant sur la technologie fibre optique (*Fibre to The x – FTTx*). Cette technologie est appelée à devenir dans un avenir très proche celle qui sera par défaut d'accès fixe⁶¹⁴ remplaçant toutes les autres coexistant actuellement, tels que les technologies cuivre ou câble coaxial (CATV, xDSL, *Hybrid Fibre Coax – HFC*). À ceci s'ajoutent les technologies de réseaux mobiles qui se développent à une vitesse galopante. En particulier depuis le développement du réseau de la troisième

⁶¹⁴ V. L'Agenda Numérique pour le très haut débit en Europe adopté en août 2010, disponible sur le site <https://ec.europa.eu/digital-single-market/> (consulté le 4 octobre 2017) ; Plan France Très Haut Débit lancé en 2013 (ce projet est cependant actuellement remis en cause sous la nouvelle administration d'Emmanuel MACRON), disponible sur le site <http://www.francethd.fr/> (consulté le 4 octobre 2017); Plan pour un internet à très haut débit en Belgique (2015-2020), disponible sur le site <http://digitalbelgium.be/> (consulté le 4 octobre 2017) ; Agenda Numérique en Allemagne, disponible sur le site <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Digitale-Welt/digitale-agenda.html> (consulté le 4 octobre 2017).

génération 3G en 2000, le réseau de la cinquième génération 5G est actuellement déjà en cours d'expérimentation et verra le jour d'ici quelques années⁶¹⁵. L'évolution des technologies des réseaux de cœur, notamment celle du réseau des protocoles IP venus de l'informatique connaît également un essor fulgurant. L'introduction de la technologie du réseau basé sur l'IP qui crée des plateformes comme IP-ATM (*IP – Asynchronous Transfer Mode*), IP-SDH (*IP – Synchronous Digital Hierachy*), IP-MPLS (*IP – Multiprotocol Label Switching*), etc... rend flou les lignes entre les services fixes et les services mobiles. Désormais, tous les services de la téléphonie dite voix sur IP (VoIP), la TV sur IP (IPTV) à la vidéo à la demande (VOD) peuvent basculer sur le même réseau. Cela engendre le développement de multiples applications dont des applications de voix comme Skype, Viber, WhatsApp, FaceTime d'Apple gagnent en popularité chez les consommateurs, ce qui réduit considérablement la demande du service de la téléphonie fixe traditionnelle. Avec l'apparition de l'Internet et la numérisation du système des télécoms, l'habitude de consommation des services de télécoms des consommateurs change.

ii. Les caractéristiques du marché des télécoms

405. Les caractéristiques du marché des télécommunications peuvent être décrites par trois facteurs majeurs. Premièrement, le coût fixe est d'une importance particulière, justifiant la formation de puissants opérateurs nationaux de télécoms, qui ont bénéficié, jusqu'à la dérégulation en Europe⁶¹⁶, de situation de monopole de fait ou de droit pour l'installation et la gestion des infrastructures. Deuxièmement, le marché comprend un large éventail de services très différents, de la téléphonie vocale ou longue distance à l'accès à internet haut débit. Pour certains de ces services, le cycle de vie de la technologie est court. Le rythme rapide de l'innovation modifie donc de manière permanente la situation concurrentielle sur le marché. La concurrence ne se fait plus par les prix mais par la performance des services fournis.

⁶¹⁵ V. Digital Convergence and Beyond: Innovation, Investment, and Competition in Communication Policy and Regulation for the 21st Century, OCDE, 24 mai 2016, disponible sur le site [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP\(2015\)2/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP(2015)2/FINAL&docLanguage=En) (consulté le 4 octobre 2017).

⁶¹⁶ Le Royaume-Uni est le premier pays à libéraliser ses télécoms en Europe. La dérégulation britannique a été commencée dès 1979 par une loi séparant le Post Office des télécoms confiées à l'entreprise publique British Telecom (BT) qui bénéficie d'un monopole. Dans les années 1980, le processus de dérégulation a été réalisé en France, en Allemagne et dans d'autres pays européens. L'année 1984 a marqué le démarrage des premiers travaux européens en vue de la libéralisation des télécoms. En 1987, la Commission européenne a publié le premier *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, pour lancer l'ouverture à la concurrence.

Troisièmement, ce sont les services groupés de télécommunications qui sont principalement achetés. Ces services sont souvent fournis par plusieurs entreprises de multiservices qui participent à un processus de fourniture conjointe. Les coûts des services séparés peuvent par conséquent être difficiles à vérifier. Ces caractéristiques, qui sont propres au marché des télécommunications et marquées par l'évolution rapide des technologies, ont des implications certaines aux méthodes d'analyse concurrentielle.

406. Pareillement à l'industrie des télécommunications, les particularités de l'industrie pharmaceutique ont un impact sur la délimitation du marché pertinent.

b. Les marchés pharmaceutiques⁶¹⁷

407. Le développement d'un marché pharmaceutique se déroule très différemment car le secteur pharmaceutique est fortement réglementé tant au niveau européen qu'au niveau national. Comme pour l'industrie des télécommunications, l'innovation occupe une place cruciale dans l'industrie pharmaceutique et le cycle de vie d'un médicament comprend plusieurs étapes.

i. La recherche et développement

408. La recherche et développement est une phase la plus importante mais aussi la plus longue et coûteuse. Cette phase englobant la recherche, les essais précliniques et les essais cliniques dure en moyenne 12 ans et représente un coût d'investissement d'environ 780 millions d'euros⁶¹⁸. Durant cette phase, un nombre important⁶¹⁹ de molécules est étudié afin de trouver une molécule ou une famille de molécules active sur une cible biologique, laquelle sert de prototype pour la suite des recherches. Une fois la molécule identifiée, elle fait l'objet d'essais précliniques qui consistent à évaluer en laboratoire l'efficacité et la sécurité d'emploi potentielles du produit. Les essais se réalisent *in vitro* sur des modèles de culture cellulaire, puis *in vivo* sur des modèles d'animaux, des rongeurs (souris, rat, gerbilles) et des non-rongeurs (chien, porc, primates). On évalue en premier lieu la toxicité du produit afin de déterminer les doses, et puis l'effet éventuel du candidat-médicament avec mise en évidence d'une relation effet-dose et effet-temps sur certaines fonctions physiologiques (système nerveux, cardio-vasculaire, respiratoire).

⁶¹⁷ Cette partie est rédigée en se basant sur la recherche et développement des entreprises du médicament, disponible sur le site <https://www.leem.org/recherche-et-developpement> (consulté le 30 septembre 2019).

⁶¹⁸ <http://www.leem.org/article/quel-est-cout-de-developpement-d-un-medicament> (consulté le 6 octobre 2019).

⁶¹⁹ Des tests sont effectués sur 10 000, 50 000 voire 100 000 molécules avant que dix sortent indemnes et qu'une seule puisse être commercialisée avec succès.

Enfin, on décrit le comportement et le devenir de la molécule dans un organisme vivant en évaluant son absorption, son métabolisme et son élimination. À l'issue des études précliniques, on détermine les doses toxiques, l'activité et le comportement du candidat-médicament dans un organisme vivant, ceux qui permettront de déterminer les doses à administrer à l'homme ainsi que d'avoir des premières observations des potentiels effets indésirables du futur médicament chez l'homme au cours des essais cliniques.

409. Après les études précliniques, on effectue les études cliniques chez l'homme qui se déroule habituellement en trois phases :

Phase I : il s'agit du préliminaire à l'étude d'efficacité d'un médicament. Les essais sont menés principalement sur un nombre limité de volontaires sains (souvent de 20 à 80 participants), sous strict contrôle médical et sur une courte période. L'objectif est de déterminer le profil initial de sécurité d'emploi du candidat-médicament, d'évaluer son devenir dans l'organisme, son seuil de tolérance ainsi que les effets indésirables.

Phase II ou étude pilote : les essais sont réalisés sur des patients (souvent moins de 500). Cette phase consiste à déterminer la dose optimale du médicament et son efficacité préliminaire. Son programme d'études est comparatif et subdivisé en deux phases : la phase IIa définissant le dosage et évaluant l'efficacité clinique sur un nombre limité de malades (de 100 à 200) alors que la phase IIb visant à confirmer l'activité du produit au dosage envisagé sur une plus grande échelle (de 100 à plus de 300 malades).

Phase III ou étude pivot : Il s'agit de la phase la plus importante pour le lancement commercial du produit. La phase est l'étude comparative d'efficacité thérapeutique de la molécule au traitement de référence (lorsque celui-ci existe) ou à un placebo (lorsqu'aucune thérapie n'existe). Les essais sont menés à large échelle, souvent plusieurs milliers de patients. Il s'agit donc de programmes d'essais extrêmement onéreux.

410. Lorsque les essais s'achèvent, que le candidat-médicament est parfaitement caractérisé sur le plan chimique et physico-chimique et que la stratégie de l'entreprise pharmaceutique est définie, un brevet est déposé afin de protéger le médicament développé.

ii. Le lancement du produit

411. Avant que le produit ne soit lancé sur le marché, il lui faut passer par différentes procédures administratives d'évaluation. En effet, le médicament doit tout d'abord obtenir une autorisation de mise sur le marché (AMM). La demande peut se faire à échelle européenne auprès de l'Agence Européenne du Médicament (EMA) ou à échelle nationale auprès de l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament (ANSM). Une fois l'AMM obtenue, le dossier doit être soumis à la Commission de Transparence de la Haute Autorité de Santé qui évalue les données propres au médicament et les progrès thérapeutiques apportés par celui-ci. C'est en fonction des progrès thérapeutiques apportés que les prix des médicaments remboursables est fixé.

412. Une fois que toutes ces procédures administratives, qui peuvent durer plus de trois ans, sont terminées, le médicament passe en production industrielle et entre sur le marché. Le médicament étant breveté, l'entreprise innovante se voit accorder une position dominante sur le marché.

iii. L'expiration du brevet

413. En principe, l'entreprise bénéficie de l'exploitation exclusive de sa molécule développée pendant 20 ans⁶²⁰ et d'une prolongation d'une durée maximum de 5 ans si l'entreprise obtient le Certificat Complémentaire de Protection (CCP)⁶²¹. Lorsque les droits de propriété intellectuelle ont expiré, la molécule originale se retrouve dans le domaine public et peut être légalement copié. Des médicaments génériques font alors leur apparition érodant de façon significative la demande du médicament princeps. L'entreprise innovatrice se retrouve confrontée à une concurrence rude et la concurrence sur le marché se fait par les prix.

414. Le processus long, risqué, coûteux de la mise sur le marché d'un nouveau médicament et les exigences réglementaires ont des effets notables sur la manière dont les entreprises se livrent

⁶²⁰ L'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), article 33. En réalité, le médicament serait protégé par le brevet qu'une dizaine d'année car la nouvelle molécule, à compter du jour de dépôt de son brevet, fera encore l'objet d'examen des autorités sanitaires avant d'être mis sur le marché.

⁶²¹ Règlement CEE n° 1768/92 du 18 juin 1992 concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments entré en vigueur le 2 janv. 1993, codifié par le Règlement CE n° 469/2009 du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, entré en vigueur le 6 juillet 2009, JOUE L 152 du 16 juin 2009.

à la concurrence. Quatre caractéristiques constituent des différences majeures des marchés dans le secteur pharmaceutique par rapport aux marchés d'autres secteurs. Premièrement, le prix des médicaments soumis à une prescription médicale est réglementé par les règles nationales. Par conséquent, les entreprises pharmaceutiques ne peuvent pas fixer librement les prix et ne peuvent surtout pas les augmenter au fil du temps malgré la rentabilité d'une telle augmentation⁶²². Toutefois, elles peuvent diminuer les prix en réponse à une forte concurrence. Deuxièmement, c'est le médecin du patient qui prend la décision la plus importante du choix du médicament dont le patient a besoin. Le consommateur final diffère alors très souvent du payeur, c'est-à-dire du service d'assurance national ou d'un fournisseur privé d'assurance maladie. Étant donné que les systèmes de sécurité sociale couvrent la plupart des coûts des médicaments, généralement ni les médecins ni les patients ne se préoccupent du prix du produit. Le prix joue donc en général un rôle limité dans la prise de décision des consommateurs. Troisièmement, les fabricants du médicament original se livrent à une concurrence par l'innovation en investissant dans la R&D afin d'offrir sur le marché des produits nouveaux, brevetés et ainsi occupent une place importante et même monopolistique sur le marché. Les fabricants de génétiques ne peuvent y entrer qu'après l'expiration d'un brevet qui induit une concurrence par les prix. Quatrièmement, l'innovation incrémentale dans le domaine des médicaments peut être source d'un changement important des pratiques thérapeutiques et apporte un incontestable bénéfice pour les patients⁶²³. Ces spécificités du secteur pharmaceutique entraînent non seulement la modification rapide et importante de la nature de la concurrence mais aussi l'évolution des comportements des entreprises sur le marché. Cela rend l'analyse concurrentielle beaucoup plus compliquée et difficile.

415. Conclusion du A. L'ensemble des développements qui précèdent montrent, d'une part, que les conditions de concurrence qui règnent sur le marché sont différentes à chacune des phases de développement du marché et évoluent au fil du temps. Ils montrent, d'autre part, que le degré de leur évolution dépend fortement du type de biens ou services offerts sur le marché. Les caractéristiques spécifiques des marchés innovants comme les deux marchés pharmaceutique et des télécommunications développés ci-dessus ont un effet considérable sur la façon dont les

⁶²² Arrêt de la CJCE du 16 septembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE c./ GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton*, C-468/06, *Rec.* p. I-7139, para. 59.

⁶²³ C. LE PEN, « Évaluation du médicament : l'innovation incrémentale est elle maltraitée ? », *étude CRIP - IMS*, janvier 2009.

entreprises adoptent leurs stratégies et leur comportement sur le marché. Elles peuvent être déterminantes tant pour l'analyse de la structure du marché que pour l'évaluation des conditions concurrentielles sur le marché. Il nous semble ainsi que les caractéristiques du marché, son état du développement, son degré d'évolution ainsi que son niveau d'innovation soient pris en compte par les autorités de concurrence. Cela signifie qu'il est nécessaire, sinon impératif, d'aller au-delà de la dimension statique du marché pour l'envisager sous un angle dynamique.

B. L'intégration de la dimension dynamique du marché à l'analyse concurrentielle

416. En prenant compte de la théorie économique du développement du marché, la Commission européenne a reconnu l'importance d'une analyse du marché dans une perspective dynamique (1) qui est devenue une partie intégrale dans son analyse concurrentielle des marchés innovants (2).

1. La reconnaissance de l'importance de l'analyse dynamique du marché en droit européen

417. L'intégration de la dimension dynamique du marché à l'analyse concurrentielle en droit européen de la concurrence résulte de l'incapacité de la part de marché à révéler le réel poids de l'entreprise et de l'impact de l'opération de concentration sur des marchés en phase de croissance. La position de la Commission européenne à cet égard est bien exprimée dans ses décisions. L'affaire *Digital/Philips*⁶²⁴ en est un bon exemple. Il s'agissait d'une concentration des deux entreprises *Digital* et *Philips* actives dans le domaine de programmation informatique et des services concernés. Dans sa décision du 2 septembre 1991, la Commission a déclaré que des parts de marché élevées sur des marchés de technologies modernes à forte croissance ne révèlent pas nécessairement un pouvoir de marché. Elle a fait valoir en effet que le développement des parts de marché des trois entreprises *leader* (*Digital Equipment Corporation*, *Hewlett Packard* et *Sun Microsystems*) sur le marché au fil du temps montre la dynamique de ce marché et qu'il y avait des changements constants dont la position de *leader* sur le marché⁶²⁵. Alors, malgré l'importance des parts de marché détenues par la nouvelle entité issue de

⁶²⁴ Décision de la commission du 2 septembre 1991, IV/M.129, *Digital/Philips*, JOCE C 235 du 10 septembre 1991.

⁶²⁵ *Id.*, para. 18.

l'opération et le degré de concentration élevé du marché, la Commission a conclu que l'opération n'entraînerait pas de risque concurrentiel sur le marché en cause.

418. De même, cette position était également exposée dans la concentration *Accor/Wagons-Lits* – deux entreprises française et belge actives dans le domaine de restauration, d'hôtellerie et de tourisme. Dans sa décision du 28 avril 1992, la Commission a déclaré qu'en tenant compte de l'expansion du marché de l'hôtellerie française, les parts de marché plaçant Accor à la première place sur le marché français de chaînes hôtelières ne conduiraient pas à considérer que l'opération aboutit à accorder à la nouvelle entité une position dominante. En l'espèce, la Commission a constaté que l'hôtellerie française continue à se développer, notamment par l'implantation de nouveaux hôtels de chaîne ainsi que par la modernisation du parc hôtelier indépendant. A ceci s'ajoutent le regroupement croissant des hôtels indépendants en chaînes volontaires et le développement actuel et croissant des centrales indépendantes de réservation hôtelière⁶²⁶.

419. La position de la Commission est constante quant à l'importance de l'intégration de l'analyse dynamique du marché aux analyses concurrentielles. Cette position était notamment soutenue par le Tribunal dans l'affaire célèbre *Gencor/Lornho*. En effet, dans son recours devant le Tribunal, les parties requérantes ont clairement reproché à la Commission d'avoir omis d'apprécier l'importance croissante des diverses sources d'approvisionnement marginale et autres éléments de nature à influencer sur la concurrence dans le cas d'une augmentation des prix⁶²⁷. Le Tribunal a rejeté cet argument en jugeant que la Commission a examiné aux différents points de la décision litigieuse les évolutions futures du marché pertinent qui a dûment motivé sa décision à cet égard⁶²⁸. Cela montre la prise en compte de la dimension dynamique du marché de la Commission dans ses analyses concurrentielles. Cette approche a été affirmée lorsque la Commission déclare explicitement dans les Lignes directrices de 2004 qu'« *il faut tenir compte de l'évolution prévisible du marché. Les probabilités que l'entrée soit profitable sont plus*

⁶²⁶ Décision de la commission du 28 avril 1992, IV/M.126, *Accor/Wagons-Lits*, JOCE L 204 du 21 juillet 1992, para. U.

⁶²⁷ Arrêt du TPICE du 25 mars 1999, *Gencor c./Commission*, T-102/99, *Rec.* p. II-753, paras. 249-250.

⁶²⁸ *Id.*, paras. 255-261.

grandes sur un marché qui devrait connaître une forte croissance dans les prochaines années que sur un marché parvenu à maturité ou appelé à décliner⁶²⁹».

420. L'importance de l'analyse dynamique dans l'analyse concurrentielle menée par les autorités européennes de concurrence est la mieux reflétée lorsque le marché est caractérisé par l'innovation.

2. L'analyse dynamique du marché dans les marchés innovants.

421. La nature de la concurrence et l'économie se modifient rapidement et de façon importante sur les marchés innovants. La Commission européenne a envisagé, même avant la réforme⁶³⁰ de 2004 dans le domaine du contrôle communautaire des concentrations, le marché dans une perspective dynamique en tenant compte de l'innovation tant dans la délimitation du marché pertinent que dans l'analyse concurrentielle de fond. Il s'agit d'une bonne approche car envisager le marché dans son seul aspect statique ne permet pas d'apprécier les pressions concurrentielles *imprévisibles* qui font pourtant contrepoids à l'exercice d'un pouvoir de marché sur le marché.

422. Dans une de ses premières décisions en matière de concentration dans le secteur de télécommunications, la Commission a fondé son approbation de l'opération sur les analyses de la dimension dynamique du marché. En effet, dans la décision rendue le 18 mai 1992 dans l'affaire *Eucom/Digital*⁶³¹, la Commission a estimé que les services réseaux à valeur ajoutée (SRVA) est un secteur en plein développement et changement. Le marché de la commercialisation d'un SRVA spécialisé dans la chaîne de logistique et de transport proposée par Euro-Log, caractérisé par l'importance de l'activité de recherche et développement, demeurerait soumis aux évolutions de la technologie. Par conséquent, la concurrence qui s'exerce sur le marché n'est que réelle et forte, ce qui conduit à considérer que l'opération n'aboutit pas à créer ou renforcer une position dominante de nature à affecter la concurrence effective dans le marché commun⁶³².

423. Dans une autre décision ultérieure en la matière, la Commission procède à l'analyse de la dimension dynamique du marché pour vérifier si un marché n'est pas susceptible d'être, à la

⁶²⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, pt. 72.

⁶³⁰ Pour la réforme de 2004, v. S. POILLOT-PERUZZETTO, « La réforme de fond à l'occasion des réformes de procédure en droit communautaire de la concurrence », *Contrats Conc. Conso.*, 2004, étude n° 8.

⁶³¹ Décision de la commission du 18 mai 1992, IV/M.218, *Eucom/Digital*, JOCE C 140 du 3 juin 1992.

⁶³² *Id.*, pts. 14-18.

suite de progrès technologiques, remplacé par un nouveau marché. Sur ce point, elle a examiné l'évolution du trafic sur l'internet dans sa définition du marché pertinent dans la concentration de WorldCom/MCI. En l'espèce, elle a estimé qu'« au cours de ces dernières années, le trafic sur Internet a connu une croissance substantielle. Il a fallu procéder à d'importantes mises à niveau de la capacité, non pas tant pour conquérir un avantage concurrentiel que simplement pour maintenir une qualité de service acceptable en termes de rapidité et de fiabilité, afin de faire face à l'augmentation de l'utilisation et, partant, des encombrements. Le problème est non seulement l'arrivée de nouveaux clients, mais aussi l'apparition de nouvelles applications, comme la transmission vidéo, qui utilisent une grande largeur de bande. La capacité des plus gros câbles des plus grands réseaux a augmenté sensiblement en un laps de temps très court. Les connexions du plus haut niveau, qui utilisaient autrefois des câbles T1 (dont la capacité ou la vitesse était de 1 544 000 bits à la seconde), se font maintenant grâce à des câbles DS3 ou T3 (45 millions de bits à la seconde), et la plupart des grands réseaux de base auront bientôt des connexions dont la capacité sera de 155 millions de bits à la seconde (OC-3), voire de 622 millions (OC-12). Les réseaux qui n'ont pas évolué au niveau technique ou sur le plan de la capacité ont perdu du terrain. Même si ces réseaux étaient autrefois en mesure d'offrir de la connectivité Internet du plus haut niveau ou universelle en respectant les normes d'alors, ils n'en sont plus forcément capables aujourd'hui. Il y a peu de temps encore, il pouvait suffire à un FSI d'avoir par exemple des accords d'échange de trafic aux PAN avec tous les autres FSI ayant une certaine présence à ces points pour avoir le statut de réseau du plus haut niveau. Toutefois, comme les engorgements ont augmenté aux PAN, les principaux fournisseurs tendent de plus en plus à conclure leurs propres accords d'échange de trafic privé à d'autres points que les PAN. Tant que les principaux réseaux continuent de procéder à des échanges de trafic aux PAN, le fait qu'ils décident aussi de conclure des accords d'échange de trafic privé entre eux ne modifie pas nécessairement la définition du marché. Toutefois, si les grands réseaux refusaient de conclure des accords d'échange gratuit avec les petits réseaux qui n'échangent actuellement du trafic qu'aux PAN, ces derniers fonctionneraient plus comme des FSI du plus haut niveau et ne relèveraient plus de la définition du marché en cause. Étant donné que le processus en est encore à ses prémises, la définition du marché adoptée dans le présent document ne sera pas limitée dans sa portée afin d'anticiper des développements à venir, mais il conviendra de

*considérer qu'une telle évolution a toutes les chances de se produire au moment d'apprécier la puissance de marché des parties*⁶³³ ».

424. Dans le secteur pharmaceutique, les décisions de la Commission sont également abondantes. Cette dernière avait à plusieurs occasions déclaré l'exigence, pour apprécier les conditions de concurrence sur un marché dans l'industrie pharmaceutique, d'un examen à la fois des produits déjà commercialisés sur le marché et de ceux qui ne sont pas encore disponibles mais qui se trouvent à un stade de développement avancé⁶³⁴. Se pose la question de savoir sur quelle base un produit non encore disponible sur le marché est apprécié comme étant susceptible de rejoindre le marché pertinent ? Sur ce point, la pratique décisionnelle montre que la Commission européenne fonde leur appréciation sur les activités de recherche et développement sur le marché, notamment sur le montant des investissements qui ont été consacrés pour lancer le produit potentiellement concurrentiel avec le produit en cause. En effet, elle considère que les chances des produits au stade de développement avancé entrant en concurrence avec d'autres, qui sont soit également en cours de développement, soit déjà sur le marché, *« ne peuvent être évaluées qu'en tenant compte de leurs caractéristiques et de l'usage thérapeutique auquel ils sont destinés. Pour cela, il faut songer que les entreprises pharmaceutiques n'ont pas pour habitude de partager leurs travaux de recherche et de développement, qu'elles consacrent en priorité à la mise au point de leurs propres substances actives et produits. Dans le domaine de la recherche, la coopération est en revanche plus courante entre les entreprises pharmaceutiques et des organismes publics ou privés de recherche, ainsi que des petites entreprises de biotechnologie, qui, certes, disposent du savoir-faire voulu, mais non des moyens et des équipements nécessaires pour effectuer les essais cliniques nécessaires pour obtenir l'autorisation de mise sur le marché et fabriquer les produits pharmaceutiques. La Commission doit examiner les capacités de recherche et de développement en tenant compte de leur importance pour les marchés non seulement actuels, mais aussi futurs*⁶³⁵ ». Ainsi, le caractère

⁶³³ Décision de la commission du 8 juillet 1998, IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, JOCE L 116 du 4 mai 1999, paras. 72-73.

⁶³⁴ Décisions de la commission du 28 fév. 1995, IV/M.555, *Glaxo/Wellcome*, JOCE C 65 du 16 mars 1995, para. 9 ; du 17 juill. 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201 du 29 juillet 1997, para. 42 ; du 9 août 1999, IV/M.1378, *Hoechst/Rhône-Poulenc*, JOCE C 254 du 7 sept. 1999, para. 26.

⁶³⁵ Décision de la commission n° 98/526/CE du 4 février 1998, IV/M.950, *Hoffmann-La Roche/Böhringer Mannheim*, JOCE L 234 du 21 août 1998, para. 13.

prévisible de l'évolution des technologies et du marché est un facteur essentiel dans la détermination des marchés innovants.

425. De manière générale, la Commission considère que la concurrence sur les marchés sur lesquels les avancées technologiques jouent un rôle central, autrement dit sur les marchés où une *destruction créatrice* peut très rapidement modifier la concurrence entre entreprises, ne peut qu'être exacerbée. Sur ces marchés, une détention des parts de marché élevées n'a pas beaucoup de signification dans l'appréciation du pouvoir de marché. La Commission a, dès ses premières décisions dans le secteur, admis la règle selon laquelle il est très improbable que la détention d'une part de marché importante confère à l'entreprise concernée une position dominante sur le marché et *in fine* soit de nature à justifier l'interdiction de l'opération en matière de contrôle des concentrations. En effet, si une entreprise détenant une faible part de marché lance un nouveau produit plus performant que ceux qui sont disponibles, la pression concurrentielle future exercée par celle-ci serait bien entendu largement supérieure à celle suggérée par sa faible part de marché actuelle⁶³⁶. Selon KOLASKY⁶³⁷, dans de tels contextes, l'entreprise avec la part de marché importante ne peut desservir le marché que pendant un laps de temps avant d'être remplacée par celle qui a fait une percée technologique améliorant drastiquement la performance ou diminuant considérablement les coûts. Ainsi, la Commission a bien raison d'aller au-delà du niveau de part de marché détenue par les entreprises présentes sur le marché en jugeant qu'« *il est nécessaire de déterminer si la position dominante de l'entité issue de la fusion est susceptible de durer* » sur le marché relativement jeune, selon le terme utilisé, caractérisé par de forts taux de croissance⁶³⁸. De nombreuses décisions de la Commission⁶³⁹ tendaient à considérer que, face à un tel marché, une part de marché élevée pourrait être érodée par l'innovation, la position des entreprises présentes sur le marché se modifie alors rapidement. Toutefois, la Commission apprécie, avec

⁶³⁶ Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, disponible sur le site http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, p. 40 (consulté le 1^{er} octobre 2019).

⁶³⁷ W. J. KOLASKY, « What is Competition? A Comparison of U.S. and European Perspectives », *Antitrust Bulletin*, 2004, p. 29-53, spéc. p. 32 : « [...] one firm may serve the entire market or at least a large portion of it for a period of time, only to be displaced by another firm with a leapfrogging technological innovation that delivers dramatically improved performance or dramatically lower cost ».

⁶³⁸ Décision de la commission du 4 fév. 1998, IV/M.950, *Hoffmann-La Roche/Böhringer Mannheim*, JOCE L 234 du 21 août 1998, para. 135.

⁶³⁹ Décisions de la commission du 3 avril 1995, IV/M.495, *Behringwerke AG/Armour Pharmaceutical Co.*, JOCE C 134 du 1^{er} juin 1995, paras. 35, 39 ; du 17 juill. 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201 du 29 juill. 1997, para. 160.

beaucoup de prudence, l'évolution de l'innovation dans chaque affaire. Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche/Böhringer Mannheim*, elle a estimé que la structure du marché n'était pas susceptible d'évoluer dans le futur car aucune des technologies alternatives disponibles n'a de perspective de remplacer la technologie de la PCR dans un avenir prévisible. Celle-ci détenue par la Roche demeurerait, à l'avenir, la technologie dominant le marché. Alors, bien que le marché en cause connaisse une croissance rapide, la Commission concluait que la position de La Roche ne pourrait être érodée par la dynamique du marché dans un avenir prévisible⁶⁴⁰.

426. Conclusion du B. L'intégration de la dimension dynamique du marché à l'analyse concurrentielle a été très tôt reconnue par le droit européen de la concurrence et elle a été généralisée dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne. Aujourd'hui, la position de la Commission à son égard est claire : l'innovation, lorsqu'elle constitue la caractéristique première d'un marché, doit nécessairement être prise en compte comme un facteur déterminant de l'analyse.

427. Conclusion du §1. Il faut confirmer encore une fois que l'innovation est une des conditions de la concurrence mais en même temps, elle meut les frontières du marché par l'hétérogénéité des produits. Dans les marchés innovants, la délimitation du marché pertinent est devenue très délicate en raison des effets de l'innovation qui sont tant variables que considérables.

§2. L'effet de l'innovation sur la délimitation du marché pertinent

428. Il est bien reconnu actuellement que les investissements dans la recherche et la diffusion de l'innovation sont parmi les dimensions les plus importantes de la performance du marché. La Commission européenne en prend conscience et a accordé à l'innovation un rôle important dans sa politique de concurrence en général et dans sa politique de contrôle des concentrations en particulier. En pratique, elle a affirmé, comme ont montré les analyses précédentes, sa volonté d'aller au-delà de l'analyse statique du marché pour prendre en considération son dynamisme découlant de l'innovation. L'approche est bonne mais la mise en œuvre des analyses du marché pose des problèmes, d'une part, parce que l'innovation affecte l'efficacité des produits en

⁶⁴⁰ Décision de la commission du 4 fév. 1998, IV/M.950, *Hoffmann-La Roche/Böhringer Mannheim*, JOCE L 234 du 21 août 1998, paras. 135-136.

amoindrissant leur homogénéité, et d'autre part, parce qu'elle affecte l'évolution de la structure du marché et de la concurrence (A). L'économie de la concurrence actuelle manifeste malheureusement une compréhension limitée de la nature de la concurrence dans les industries de haute technologie où la concurrence est menée par l'innovation. La présence de l'innovation est une force qui peut rendre peu fiables ou sans pertinence les techniques traditionnels de délimitation du marché pertinent. L'innovation peut modifier fondamentalement la nature de l'analyse actuellement utilisée (B).

A. Les effets de l'innovation

429. Dans la plupart des cas, l'innovation est destinée à améliorer la performance du produit ou du service. En fonction de sa stratégie et sa capacité d'innovation, une entreprise peut chercher à satisfaire une demande en proposant un produit avec une meilleure fonctionnalité, une meilleure commodité ou un meilleur prix, ou bien par un produit entièrement nouveau susceptible de changer l'habitude ou le mode de consommation des consommateurs. Le degré de performance du produit dépend du degré de l'innovation (1). Or, lorsque la performance ou l'efficacité du produit est affectée, l'homogénéité des produits sur le marché n'est plus assurée. Cela provoque dans certaines mesures le phénomène du remplacement de l'un par l'autre dont les particularités remettent en cause la notion de substituabilité des produits sur laquelle s'appuie la détermination des limites des dimensions du marché pertinent (2).

1. Les effets de l'innovation sur l'efficacité du produit

430. Alors que le droit européen de la concurrence ne définit pas le concept d'innovation, la littérature économique et commerciale identifie un certain nombre de formes d'innovation (a). En fonction du degré de nouveauté que l'innovation apporte au produit nouveau, les frontières du marché peuvent plus ou moins rapidement se mouvoir et la situation concurrentielle des entreprises se modifier (b).

a. L'innovation

431. L'innovation peut porter sur des aspects différents du produit dont les impacts sur la délimitation du marché pertinent dépendent du degré de nouveauté qui en résulte. L'analyse de l'innovation et la classification de ce concept ont beaucoup évolué depuis les travaux fondateurs

de Joseph A. SCHUMPETER. Dans ses travaux *Theory of Economic Development*⁶⁴¹ publié en 1934, SCHUMPETER propose de distinguer cinq catégories d'innovation : l'introduction de nouveaux produits ; l'introduction de nouvelles méthodes de production ; l'ouverture de nouveaux marchés ; le développement de nouvelles sources d'approvisionnement en matières premières ou en autres intrants et la création de nouvelles structures de marché au sein d'une branche d'activité. Depuis lors, plusieurs théoriciens de l'innovation⁶⁴², en s'inspirant des travaux de ce dernier, essayent de classifier l'innovation en différentes catégories selon leur niveau d'application dans les activités de l'entreprise et le degré d'innovation apporté au produit, au marché et plus largement à l'économie. Aux fins de l'analyse des effets de l'innovation sur le processus de la délimitation du marché pertinent, nous ne nous intéressons à la classification de l'innovation que selon le degré de la nouveauté. À cet égard, l'approche classique de l'innovation oppose souvent deux formes qui sont *l'innovation radicale* et *l'innovation incrémentale*⁶⁴³. Cette distinction, malgré des idées importantes qu'elle donne, ne permet pas d'englober tous les niveaux d'innovation induite par les améliorations. Il est de plus en plus évident qu'il existe de nombreuses innovations techniques impliquant des changements apparemment modestes à la technologie existante mais qui ont des conséquences concurrentielles dramatiques. Les innovations radicales et incrémentales ne sont présentées que comme des cas situés aux extrémités de l'ampleur des changements que l'innovation entraîne sur le produit. De nombreux auteurs ont alors essayé de classifier l'innovation en introduisant d'autres types d'innovation. Rebecca HENDERSON et Kim CLARK⁶⁴⁴ différencient l'innovation en quatre

⁶⁴¹ J. A. SCHUMPETER, *Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest and the Business Cycle*, Harvard Economic Studies, vol. 46, Harvard College, Cambridge, MA, 1934.

⁶⁴² P. F. DRUCKER, *The Practice of Management*, New York, Harper & Row, 1^{re} éd., 1954 ; R. M. SOLOW, « A Contribution to the Theory of Economic Growth », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 70, n° 1, 1956, p. 65-94 ; R. M. SOLOW, « Technical Change and the Aggregate Production Function », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 39, n° 3, 1957, p. 312-320 ; E. M. ROGERS, *Diffusion of Innovations*, New York, The Free Press of Glencoe, 1^{re} éd., 1962 ; K. E. KNIGHT, « A Descriptive Model of the Intra-Firm Innovation Process », *The Journal of Business*, vol. 40, n° 4, 1967, p. 478-496 ; G. A. MOORE, *Crossing the Chasm: Marketing and Selling Technology Products to Mainstream Customers*, New York, Harper Business, 1^{re} éd., 1991 ; Manuel d'Oslo de l'OCDE, *Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, Paris, 1^{re} éd., 1992 (2^e éd., 1996 et 3^e éd., 2005) ; E. VON HIPPEL, *Democratizing Innovation*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005 ; A. W. ULWICK, *What Customers Want: Using Outcome-Driven Innovation to Create Breakthrough Products and Services*, New York, McGraw-Hill, 2005 ; H. W. CHESBROUGH, *Open Innovation: Researching A New Paradigm*, Oxford, OUP, 2006 ; L. KEELEY, H. WALTERS, R. PIKKEL & B. QUINN, *Ten Types of Innovation: The Discipline of Building Breakthroughs*, Wiley, 2013.

⁶⁴³ Elles sont parfois également appelées *innovation de rupture* et *innovation continue*.

⁶⁴⁴ R. M. HENDERSON & K. B. CLARK, « Architectural Innovation: The Reconfiguration of Existing Product Technologies and the Failure of Established Firms », *Administrative Science Quarterly*, n° 35, mars 1990, p. 9-30.

types : innovation incrémentale, radicale, architecturale et modulaire alors que Clayton CHRISTENSEN⁶⁴⁵ distingue trois formes : innovation continue (*sustaining innovation*), innovation d'efficience (*efficiency innovation*) et innovation disruptive (*disruptive ou empowering innovation*). Plus tard, dans les années 2000, Costantinos MARKIDES et Paul GEROSKI⁶⁴⁶ font référence à l'innovation majeure, radicale, incrémentale et stratégique. Richard LUECKE et Ralph KATZ⁶⁴⁷ identifient trois types d'innovation : innovation incrémentale, radicale et disruptive.

432. Les classifications existantes de l'innovation sont nombreuses mais la distinction entre les catégories est souvent confondue et même incomplète. En effet, le sens commun et essentiel de la distinction des catégories d'innovation porte sur l'ampleur du changement, précisément sur le degré de nouveauté résultant de l'innovation que présente le produit. Pourtant, il semble qu'aucune distinction ne reflète suffisamment les différents niveaux de changement. Si toutes les classifications existantes de l'innovation sont considérées, nous suggérons que l'innovation, en fonction du niveau de nouveauté, peut se distinguer en quatre catégories :

- (i) *L'innovation incrémentale* : constitue un changement progressif découlant d'une innovation qui permet d'améliorer un produit, un service ou un procédé déjà existant afin de l'adapter aux spécificités du marché. Elle ne change pas radicalement les conditions d'usage ni l'état de la technique mais y apporte un certain degré de nouveauté qui est cependant souvent modeste et une certaine création de valeur. L'innovation incrémentale permet de prolonger la durée de vie d'un produit en le faisant évoluer au fil des besoins et des technologies. Elle est souvent le fruit de la volonté de l'entreprise de faire évoluer ses offres afin de rester compétitive. C'est le type d'innovation le plus répandue.
- (ii) *L'innovation disruptive*⁶⁴⁸ : Il s'agit d'un terme inventé par C. CHRISTENSEN dans son livre *The Innovator's Dilemma*. L'innovation disruptive consiste à simplifier les

⁶⁴⁵ C. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston, Massachusetts, Harvard Business Review Press, 1997.

⁶⁴⁶ C. C. MARKIDES & P. A. GEROSKI, *Fast Second: How Smart Companies Bypass Radical Innovation to Enter and Dominate New Markets*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 5.

⁶⁴⁷ R. LUECKE & R. KATZ, *Managing Creativity and Innovation*, Boston, MA, Harvard Business School Press, 2003.

⁶⁴⁸ Certains auteurs considèrent que le terme « *disruptive* » est synonyme de « *radicale* ». Par conséquent, beaucoup confondent « l'innovation disruptive » au sens de « radicale » avec « l'innovation disruptive » au sens de

solutions existantes pour les rendre accessibles à un plus grand nombre de consommateurs. En d'autres termes, elle transforme les produits complexes et coûteux, qui auparavant n'étaient accessibles que pour certains consommateurs, en produits plus simples et moins coûteux accessibles à un plus grand nombre de consommateurs (par exemple les modèles de voitures, les « mainframes » et ordinateurs personnels).

- (iii) *L'innovation « breakthrough »* : fait référence à de grandes avancées technologiques qui propulsent un produit existant avant ses concurrents. Ceci est souvent le résultat des activités de recherche et développement qui s'efforcent de faire breveter la prochaine formule, dispositif et technologies (par exemple Airbus A380, Office 2007).
- (iv) *L'innovation radicale* : s'accompagne d'un bouleversement technologique modifiant radicalement les conditions d'utilisation par les clients. Elle suppose des produits entièrement nouveaux engendrant une valeur substantielle pour le client (par exemple : le courrier électronique, la carte de paiement, du téléphone fixe au téléphone mobile, etc). Ce type d'innovation constitue une richesse stratégique quant à la croissance à long terme mais son développement est coûteux et risqué.

433. Les préférences des consommateurs peuvent être très diverses mais leur demande réside avant tout dans l'utilité du produit. Par conséquent, l'effet de l'innovation dont l'objectif est d'apporter des améliorations afin de satisfaire les attentes des consommateurs et de répondre à de nouveaux besoins sera important s'il affecte l'efficacité du produit.

b. L'efficacité du produit

434. L'effet de l'innovation sur l'efficacité du produit dépend du niveau de nouveauté que présente le produit.

435. Les améliorations apportées par l'innovation incrémentale étant modestes et continues, l'efficacité du produit n'est pas considérablement affectée. Par conséquent, l'innovation

Christensen alors que ces types d'innovation sont tout à fait différents. Le débat de sémantique des types d'innovation est continu. La confusion conceptuelle entraîne la confusion intellectuelle et cela est un danger car ça peut mener à des erreurs de stratégie pour les entreprises et d'appréciation pour les autorités de contrôle. Nous retenons dans ce développement l'innovation disruptive au sens de Christensen.

n'entraîne pas le changement des conditions d'utilisation par les clients. Le nouveau produit vient sur le marché et coexiste durablement avec les produits existants. Par ses caractéristiques, sa fonctionnalité et son prix, ce premier peut se substituer à ces derniers. Ce type d'innovation est fréquent car la nouveauté peut provenir de très nombreux paramètres du produit (l'usage du produit, son design, la clientèle cible, etc). L'innovation incrémentale peut être considérée comme la différenciation horizontale.

436. Par l'innovation disruptive, le nouveau produit devient moins performant que le produit existant mais il accroche un segment du marché qui n'est pas ou n'est pas bien servi par ce dernier. Le nouveau produit se trouve alors sur une niche de marché. Une fois entrée avec succès sur le marché, la stratégie des entreprises entrantes est souvent d'améliorer au fur et à mesure leur produit afin d'adapter aux spécificités du marché et ainsi prendre de plus en plus de part de marché. Les entreprises existantes se voient subir une pression concurrentielle exercée par les nouveaux entrants et leur position dominante sur le segment le plus rentable du marché n'est plus assurée car le nouveau produit vient remplacer partiellement leurs produits. Progressivement, ceux-ci peuvent être totalement remplacés par celui-là. Ce type d'innovation est bien illustré dans l'exemple classique de l'ordinateur personnel (*Personal computer : PC*) qui a remplacé les macroordinateurs (*mainframes* en anglais), les ordinateurs centraux de grande puissance de traitement qu'utilisaient les entreprises. Les *mainframes* fonctionnent selon un modèle centralisé permettant de faire tourner de façon simultanée plusieurs sessions d'un système d'exploitation ou de systèmes d'exploitation différents. Parfois, ils sont les seuls ordinateurs capables de traiter de très grandes bases de données accédées par des centaines de milliers d'utilisateurs. Les *mainframes* sont complexes et coûteux et n'étaient pas accessibles pour les personnes ayant le besoin d'un usage individuel. Les PCs avec des fonctionnalités plus simples, une taille plus petite, une performance moindre et un coût beaucoup moins cher étaient alors développés. Les entreprises ont progressivement amélioré les technologies des PCs de façon qu'ils puissent effectuer de plus en plus de tâches. Les *mainframes* étaient par conséquent progressivement remplacés par les PCs. La stratégie de l'innovation disruptive explique le dépassement par Microsoft et Apple de l'IBM qui dominait le marché d'informatique pendant des décennies.

437. Au contraire de la performance moindre du produit apportée par l'innovation disruptive, l'innovation *breakthrough* apporte aux produits existants une amélioration sensible qui affecte

considérablement l'efficacité du produit et crée une valeur substantielle pour le client. Il s'agit normalement de la stratégie de l'entreprise en place d'investir considérablement dans la recherche et développement au produit existant afin de créer un produit encore plus performant pour ainsi perpétuer leur domination sur le marché. L'avion A380 de l'Airbus est un excellent exemple. L'Airbus a développé toute une gamme de nouvelles technologies relatives aux matériaux, aux processus, aux systèmes et aux réacteurs, protégés par plus de 380 demandes de brevet. Près de 25% de la masse de l'appareil est réalisé en matériaux composites avancés légers (22% de composites à base de fibres de carbone, de verre ou de quartz et 3% de Glare – un stratifié aluminium-fibres de verre, utilisé pour la première fois sur un avion civil) permettant une réduction de masse et donc une consommation de carburant et des émissions moindres (12% de carburant en moins que son concurrent Boeing 747). Les coûts d'exploitation sont par conséquent réduits. À ceci s'y ajoute une part importante de matériaux métalliques avancés, offrant des avantages en termes de facilité de maintenance et réparation. Le système de commandes de vol électriques utilise deux circuits hydrauliques fonctionnant à 5000 psi et deux circuits électriques au lieu des trois ou quatre systèmes hydrauliques traditionnels fonctionnant à 3000 psi. En outre, les niveaux sonores externe et en cabine sont exceptionnellement bas grâce aux réacteurs innovants. Avec l'A380, l'Airbus conserve son avance technologique sur son concurrent direct Boeing et perpétue ainsi sa domination sur le segment des avions civils de très gros-porteurs. Par l'innovation *breakthrough*, le nouveau produit remplace totalement de façon progressive le produit existant.

438. L'efficacité du produit sera la plus affectée si l'innovation est de nature radicale. En effet, l'innovation radicale modifie profondément les conditions d'utilisation par les clients. Elle crée un produit complètement nouveau qui peut remplacer instantanément le produit existant. Souvent par une nouvelle technologie mais également par la proposition au client de consommer différemment, l'innovation radicale crée un nouveau besoin et par voie de conséquence un nouveau marché émerge. Ainsi, le téléphone portable a révolutionné les comportements en établissant de nouvelles formes de communication et de travail. La cassette vidéo VHS (*Video Home System*) avait été remplacée par le disque DVD (*Digital Versatile Disc*) qui a laissé place au disque *Blu-ray*.

439. L'innovation, en affectant l'efficacité du produit, provoque des conséquences directes sur la délimitation du marché pertinent. L'innovation incrémentale pose le moins de problèmes⁶⁴⁹ car les anciens et nouveaux produits peuvent coexister durablement et se substituer. En revanche, les trois types d'innovation restant sont sources de difficultés.

2. L'opposition entre la substituabilité et le processus de remplacement

440. Les enjeux auxquels fait face la délimitation du marché pertinent sur les marchés innovants proviennent des oppositions existant entre le principe de substitution (a), tel qu'appliqué aux marchés de produits homogènes, et les particularités du processus de remplacement dans les marchés innovants (b).

a. Le principe de substitution⁶⁵⁰

441. La notion de substituabilité constitue l'étalon de la délimitation du marché pertinent⁶⁵¹. En principe, l'analyse de la substituabilité s'opère du côté de la demande et du côté de l'offre sur le marché de produit et le marché géographique. Toutefois, l'examen de la jurisprudence européenne fait apparaître que les autorités européennes de la concurrence accordent une importance capitale à l'analyse de la substituabilité du côté de la demande⁶⁵² pour laquelle elles ont recours à un faisceau de critères d'appréciation. Au regard de la demande, la substitution des produits se caractérise par la durabilité de la coexistence des produits, la réversibilité et l'instantanéité.

442. La substituabilité de deux produits ou deux services suppose qu'ils coexistent durablement sur un même marché. En effet, il convient tout d'abord de noter que les produits offerts par les différentes entreprises sur le marché, même lorsqu'ils se ressemblent, ne sont pas toujours identiques. Ils se différencient par certaines de leurs caractéristiques mais ils sont raisonnablement considérés par les consommateurs comme des produits alternatifs pour satisfaire un même besoin. Cela s'explique par les préférences des consommateurs qui sont, comme mentionnées dans les analyses précédentes, très diverses. C'est cette diversité des préférences et

⁶⁴⁹ L'innovation incrémentale dans le secteur pharmaceutique peut cependant être source de difficulté lorsqu'elle apporte un incontestable bénéfice pour les consommateurs qui sont dans ce cas les patients.

⁶⁵⁰ V. en détail *infra*, n° 823 et s.

⁶⁵¹ A. DERINGER, « Les règles de la concurrence de la CEE », *Revue du marché commun*, 1961, p. 41, note 13.

⁶⁵² V. *infra*, n° 824.

la distribution stable de ces préférences entre produits qui permettent à deux ou plusieurs produits de coexister durablement sur un même marché.

443. La satisfaction à une même demande n'est cependant pas suffisante afin de juger que deux produits sont substituables. Le rapport qualité – prix est un élément important, sinon déterminant dans le choix des consommateurs. Avec l'approche traditionnelle de l'élasticité croisée de la demande, deux produits sont jugés substituables si, à qualité constante, une augmentation donnée du prix d'un produit entraîne un déplacement suffisamment important de la demande vers l'autre. Il en va de même pour la variation de la demande d'un produit suite à une variation relative de la qualité d'un autre, à prix constant. Ainsi, la substitution entre les produits est tout à fait réversible.

444. Enfin, la substituabilité des produits vise la possibilité actuelle des produits qui sont présents sur le marché au moment de l'examen d'être substituable au produit en question. La substituabilité est donc instantanée. Les produits qui seraient susceptibles d'être un substitut au produit en question mais n'apparaissent que dans le futur ne sont pas captés.

445. Ces caractéristiques de la substituabilité sont tout à fait opposées au processus de remplacement des produits innovants.

b. Le processus de remplacement

446. Contrairement à la coexistence durable des produits homogènes, la coexistence des produits innovants est momentanée. En effet, les améliorations apportées par l'innovation peuvent amener au produit nouveau des avantages concurrentiels par rapport au produit existant sous l'angle du rapport prix – qualité. Si le produit nouveau l'emporte au point de vue de l'efficacité, c'est-à-dire sa performance est supérieure à celle du produit existant, son prix est d'ordinaire plus élevé. Cependant, l'entreprise peut appliquer une politique adéquate de prix de lancement de manière à ce que l'avantage procuré par la supériorité de l'efficacité du produit soit supérieur au désavantage résultant de l'écart de prix⁶⁵³. Le produit nouveau est alors considéré comme meilleur sous les yeux des consommateurs ou de la majorité des consommateurs et remplace le produit existant dans leur choix d'achat. À l'inverse, si le produit

⁶⁵³ Cette politique de prix permet par ailleurs à l'entreprise de raccourcir la durée de la période de remplacement de l'ancien produit par le produit nouveau.

nouveau manifeste d'emblée un avantage de prix qui est jugé supérieur à un éventuel désavantage sous l'angle de la performance, une demande se manifesterà en sa faveur. Ceci est bien le cas de l'innovation disruptive. Dans tous les cas, l'innovation entraîne le déclin du produit existant et son remplacement par le produit nouveau.

447. Deuxièmement, le remplacement est irréversible. Le produit nouveau est, dans une certaine mesure, insensible aux variations de prix relatifs. C'est particulièrement le cas des produits nouveaux résultant de l'innovation *breakthrough*. Cette innovation apporte au produit un degré d'exclusivité élevé dans la performance, ce qui crée une valeur substantielle pour le client. Pour un tel produit, les consommateurs tiennent compte plus de l'efficacité du produit que de son prix dans leur décision d'achat. Cela permet au produit nouveau de rester insensible aux évolutions de prix relatifs. Cependant, il ne serait pas vrai de dire que les consommateurs ne tiennent pas du tout compte du facteur de prix parce que le produit nouveau est, certes, d'une performance incomparable mais qui n'atteint pas encore un niveau permettant de changer leur mode de consommation. S'il existe un écart de prix très important, les consommateurs peuvent toujours opter pour le produit ancien. Le remplacement ne peut pas alors se produire. Si l'écart de prix est tenu à un certain point, la performance incomparable va permettre à la demande du produit nouveau de s'affirmer au détriment de celle du produit ancien, que le prix de ce dernier augmente ou baisse. Le remplacement se réalise alors indépendamment des variations de prix relatifs.

448. Troisièmement, le remplacement est un processus progressif. Il nécessite d'un certain temps pour que les consommateurs puissent apprécier le produit avant de décider de changer leurs habitudes de consommation. En outre, le remplacement dépend notamment du nombre d'entreprises cessant la production du produit ancien et/ou ayant la capacité de se lancer dans la fabrication et la diffusion du produit nouveau. La durée de la période de remplacement varie en fonction de l'efficacité du produit nouveau et des décisions stratégiques de l'entreprise mais tout évolue avec le temps.

449. Conclusion du A. Les analyses exposées conduisent à la conclusion qu'alors qu'il existe différentes catégories d'innovation, celle-ci produit des effets considérables sur la délimitation du marché pertinent notamment lorsqu'elle affecte l'efficacité du produit de manière significative. Autrement dit l'innovation, lorsqu'elle est suffisamment radicale pour créer le

processus de remplacement des produits dont les particularités sont tout à fait opposées au principe de substitution, pose des *challenges* fondamentaux quant à la méthode de délimitation traditionnelle du marché.

B. Les limites de la délimitation du marché pertinent

450. L'innovation significative soulève deux problèmes majeurs de la délimitation du marché pertinent lorsque celle-ci se réalise à l'aide du test SSNIP. Le premier problème consiste à l'approche de l'appartenance à un même marché se fondant sur l'observation de l'élasticité prix croisée et non pas sur l'efficacité du produit alors que cette dernière est l'élément central qui bouleverse les situations de concurrence sur le marché dans les secteurs dynamiques (1). Deuxièmement, l'innovation rapide rend la délimitation du marché difficile parce que les substituts potentiels n'apparaissent que dans le futur alors que ni les autorités de concurrence ni les tribunaux ne connaîtraient pas encore quels produits constitueront les substituts viables au produit en cause dans un avenir proche (2).

1. L'inadéquation de l'approche de l'appartenance à un même marché fondée sur l'observation de l'élasticité-prix croisée

451. Il convient tout d'abord de noter que certains types d'innovation sont l'équivalent de la différenciation horizontale du produit. Un des problèmes auquel la délimitation du marché pertinent doit faire face en présence de produit différencié réside dans le seuil de 5 – 10% habituellement choisi comme référence d'une faible augmentation mais significative et non transitoire du prix du produit. Ce problème a été bien analysé dans les sections précédentes et il ne convient pas d'y revenir. Toutefois, il importe de noter que si un seuil plus large peut être une solution à ce problème en présence de produit différencié, il ne l'est pas pour les produits dont la performance est fortement affectée par l'innovation⁶⁵⁴. Dans les développements ci-dessous,

⁶⁵⁴ Cela s'explique par la progressivité du processus de remplacement. Lorsqu'un produit nouveau est introduit sur le marché et que les prix du produit existant changent, les répercussions sur le rapport prix-performance ne soient appréhendées qu'après un certain temps car c'est le temps dont les consommateurs ont besoin pour tester et apprécier le produit nouveau. En outre, dans certains secteurs technologiques comme l'informatique, le produit nouveau exige en général que de nouveaux systèmes ou logiciels d'assistance soient développés. Par conséquent, il faut du temps pour qu'il soit adapté et sa diffusion n'est que dans le temps. Dans de telles situations, une augmentation du prix même de 20% ou plus ne permet pas d'apprécier la substituabilité des produits tant que la performance du produit nouveau n'est pas évaluée et que le coût du changement (*switching costs*) est important.

nous analysons précisément deux problèmes substantiels⁶⁵⁵ que soulève l'analyse du marché à l'aide du test SSNIP en présence de l'innovation.

452. Le premier problème concerne la nature même du test SSNIP. Il est nécessaire de rappeler que plus l'innovation est radicale, plus l'efficacité du produit est affectée et plus la demande est insensible aux évolutions de prix. L'exercice de la délimitation du marché consiste à déterminer si deux ou plusieurs produits appartiennent à un même marché. Or, l'approche d'appartenance à un même marché, fondée sur l'élasticité prix croisée, s'avère inadéquate car sur les marchés dynamiques et innovants, le principal paramètre concurrentiel est l'innovation, autrement dit la performance du produit et non pas le prix. Si l'on applique les principes du test SSNIP aux produits innovants, le marché délimité deviendra trop sévère et le pouvoir de marché de l'entreprise risque d'être faussement surestimé. En effet, les analyses précédentes montrent que le processus de remplacement des produits anciens par les produits nouveaux est, dans une certaine mesure, insensible aux évolutions de prix. Ceci va aboutir, en appliquant les principes du SSNIP, à considérer que les produits anciens et les produits nouveaux ne sont pas substituables, et donc ne sont pas sur le même marché. Les frontières des marchés sont étroites et les parts de marché par conséquent importantes, ce qui entraîne une surestimation du pouvoir de marché du produit ancien. Pourtant, le produit ancien subit en réalité une pression concurrentielle exercée par le produit nouveau qui est plus performant et qui limite alors la compétitivité de ce premier. Le SSNIP ignore ces pressions concurrentielles du produit nouveau qui aurait dû être prises en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché de l'entreprise fabriquant le produit ancien.

453. Par ailleurs, le test SSNIP est perçu dans une perspective de court terme alors que les activités innovantes sont perçues dans une perspective de long terme. Appliquer le test SSNIP pourrait aboutir également à la conclusion que l'entreprise innovatrice a le pouvoir de marché alors qu'elle n'en a pas d'un point de vue économique. En effet, plus le produit est innovant, plus il est communément admis que l'entreprise fabriquant détient un pouvoir de marché car l'évolution des prix des produits existants n'a, à court terme, que peu ou pas d'effet sur la demande du produit innovant. Pourtant, les activités innovantes nécessitent du temps pour la

⁶⁵⁵ Des problèmes concernant la mise en œuvre du SSNIP comme l'indisponibilité des données nécessaires, la difficulté de déterminer le prix concurrentiel – *prevailing price* – comme la base pour appliquer le SSNIP sont encore plus grave dans le cas de l'innovation mais nous n'y allons pas en détail ici.

recherche et le développement, le test du prototype produit, la fabrication et la mise en service du produit innovant. Plus l'activité innovante est complexe, plus le temps nécessaire est long. En outre, les informations disponibles sur la performance du produit sont incomplètes dans les premiers stades du cycle de vie d'un produit nouveau. Pour celui-ci, il n'y a que peu d'usages possibles qui soient pleinement anticipés. Seulement peu de marchés, sur lesquels le produit nouveau entre en concurrence avec les produits existants, sont donc totalement anticipés. L'anticipation est incertaine d'autant plus que le produit nouveau est technologiquement complexe. Par conséquent, l'utilisation du test SSNIP fondé sur l'élasticité-prix croisée de la demande pour délimiter le marché des produits innovants va entraîner une sous-estimation grossière de la taille du marché, ce qui provoquerait l'erreur dans toute appréciation ultérieure du pouvoir de marché de l'entreprise innovatrice ainsi que de la situation concurrentielle sur le marché.

454. Le deuxième problème réside dans l'approche de la Commission européenne à l'égard des sources de contraintes concurrentielles limitant une augmentation de prix. En effet, dans sa pratique de la délimitation du marché pertinent, la Commission européenne donne la plus grande importance à la substituabilité du côté de la demande. Celle du côté de l'offre est uniquement prise en compte si des entreprises sont en mesure de proposer et de vendre des produits concurrents *immédiatement et sans augmenter leurs coûts de manière substantielle* en réponse à une augmentation du prix du produit en cause⁶⁵⁶. Cela est souvent le cas lorsque des entreprises offrent tout un choix de qualités ou de types pour un même produit, c'est-à-dire les produits sont similaires mais non substituables en raison des différences de certaines propriétés, de leur taille, poids, etc. Il existe peu de décisions où la substituabilité de l'offre est prise en compte par la Commission européenne dans sa délimitation du marché pertinent. Cette approche pose des problèmes dans l'évaluation du pouvoir de marché d'une entreprise⁶⁵⁷. Ces problèmes sont encore aggravés lorsque les entreprises se concurrencent sur les marchés caractérisés par de fortes technologies car sur ces marchés, c'est la capacité d'innover de l'entreprise qui est le facteur décisif de son pouvoir de marché. La pression concurrentielle provenant des entreprises qui maîtrisent de nouvelles technologies, même si le produit nouveau n'apparaît pas encore sur le marché, est de nature *destructive*. Une entreprise qui est en mesure de proposer une technologie

⁶⁵⁶ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 21.

⁶⁵⁷ V. *infra*, n° 834.

substituable ou même une technologie meilleure que celle détenue par l'entreprise en cause peut bouleverser la position de cette dernière sur le marché. Prenons l'exemple de l'ordinateur : les ordinateurs actuels fonctionnent sur la technologie fondée sur l'électron qui permet de transmettre les informations. S'ils peuvent permettre d'effectuer un nombre énorme de tâches qu'on réalise quotidiennement et de résoudre un nombre énorme de problèmes, il reste des problèmes que l'ordinateur actuel n'est pas en mesure de résoudre (typiquement les problèmes NP-complet). Pour le rendre plus puissant, les chercheurs ont essayé de chercher des moyens en augmentant sa mémoire afin de stocker plus d'informations et le nombre de transistors dont il dispose pour traiter plus d'informations. Cependant, le rajout de la mémoire et du processeur ne suffit pas à un moment donné à rendre l'ordinateur assez puissant pour résoudre des problèmes rencontrés. Il est alors nécessaire de trouver une nouvelle technologie qui permettrait d'améliorer la performance de l'ordinateur de manière notable. Une nouvelle technologie consistant à utiliser le photon à la place de l'électron est ainsi développée et les premières théories de cette nouvelle technologie datent des années 1980. Bien qu'un ordinateur photonique ne soit pas encore réalisé jusqu'à présent et que l'expérimentation soit toujours en cours, sa performance est estimée mille fois plus puissante qu'un ordinateur à électrons actuel⁶⁵⁸. Son apparition, étant envisagée dans quatre à cinq années⁶⁵⁹, pourrait changer radicalement la situation de concurrence sur le marché des ordinateurs. Dans un avenir plus lointain, l'ordinateur à photons pourrait encore être remplacé par une nouvelle génération d'ordinateur appelée l'ordinateur biologique. Pourtant, l'aléa concurrentiel des ordinateurs à photons ou biologiques ne sera pas pris en compte si l'on applique les principes de délimitation du marché adoptés par la Commission européenne et cela entraînerait une évaluation grossière de la position des entreprises sur le marché. Sur les marchés innovants, le monopole d'une entreprise aujourd'hui ne dit que peu sur son avenir dans un, deux ou cinq ans⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ J-P. FIGER, « Les grandes tendances de l'évolution de l'informatique 1950-2010 », disponible sur le site <http://www.figer.com/Publications/evolution.htm> (consulté le 25 novembre 2017).

⁶⁵⁹ R. JUSKALIAN, « You might not know what to do with it, but it's time to save up for a quantum computer », *MIT Technology Review*, 2017, disponible sur le site <https://www.technologyreview.com/s/603495/10-breakthrough-technologies-2017-practical-quantum-computers/> (consulté le 25 novembre 2017). V. également J. CONDLIFFE, « IBM nudges ahead in the race toward quantum supremacy », *MIT Technology Review*, 17 mai 2017, disponible sur le site <https://www.technologyreview.com/s/607887/ibm-nudges-ahead-in-the-race-for-quantum-supremacy/> (consulté le 25 novembre 2017).

⁶⁶⁰ M. L. KATZ & H. A. SHELANSKI, « Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change? », in *Innovation Policy and the Economy*, NBER Working papers, vol. 5, The MIT Press, 2005, p.125.

455. Alors que sur les marchés innovants, la concurrence n'est pas *sur* le marché mais *pour* le marché, les contraintes concurrentielles principales ne proviennent pas des substituts du côté de la demande existant déjà sur le marché mais des concurrents potentiels qui n'y sont pas encore présents. Il serait donc souhaitable que la substitution du côté de l'offre soit prise en compte de façon plus systématique que la pratique actuelle. Dans ce sens, il nous semble essentiel qu'une même importance doive être accordée à la substituabilité du côté de l'offre qu'à celle du côté de la demande dans la délimitation du marché pertinent⁶⁶¹.

456. Il faut toutefois admettre qu'en face de l'innovation, si la substitution de l'offre peut jouer un rôle fondamental dans la délimitation du marché, la détermination des substituts futurs constitue une difficulté aussi fondamentale de ce processus.

2. La difficulté de l'anticipation des substituts futurs

457. Alors que le caractère prévisible de l'évolution des technologies et du marché est un facteur essentiel dans la délimitation du marché lorsque l'innovation est significative, l'anticipation de cette évolution constitue une difficulté fondamentale tant pour les autorités de concurrence que pour les cours car ni l'une ni l'autre et même les économistes ne saurait quels produits constitueront des substituts viables au produit en cause dans un avenir proche. La question qui se pose est alors de savoir si la délimitation du marché dont l'accent est mis sur les marchés de produits reste appropriée. Sur ce point, le point de vue de la Commission européenne est que l'évaluation des effets de l'innovation sur la concurrence ne peut être suffisante si l'analyse se limite à la concurrence réelle ou potentielle sur les marchés de produits ou de techniques existants. D'où vient l'idée d'introduire le concept de marché de l'innovation⁶⁶² par la

⁶⁶¹ V. *infra.*, n° 1205 et s.

⁶⁶² Le concept a été créé par le Congrès des États-Unis dans le cadre de *The National Cooperative Research and Production Act* (NCRA), 15 U.S.C. §§ 4301-5, 1993, et développé par les autorités américaines dans leur *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, issued by US Department of Justice and the Federal Trade Commission, le 6 avril 1995. Les *Guidelines* expliquent dans l'article 3.2.3 qu'« *an innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development. The close substitutes are research and development efforts, technologies, and goods that significantly constrain the exercise of market power with respect to the relevant research and development, for example by limiting the ability and incentive of a hypothetical monopolist to retard the pace of research and development* ». Cette approche a fait l'objet de critiques et une nouvelle analyse du concept de marché de l'innovation a été développée par R. GILBERT & S. SUNSHINE qui, à cette époque là, étaient *Deputy Assistant Attorneys General* au Département de la Justice des États-Unis, voir R. J. GILBERT & S. C. SUNSHINE, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis : The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 2, 1995, p. 569-601. Dans cet article, les auteurs définissent le marché de l'innovation en cause comme « *a set of activities and a geographical area in which a hypothetical monopolist would impose at least a*

Commission européenne dans sa pratique de délimitation du marché. Ce concept⁶⁶³ est bien explicité dans ses Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne aux accords de coopération horizontale, remplacées par les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale⁶⁶⁴, plus précisément aux accords de recherche et développement. L'idée derrière un marché de l'innovation consiste au fait qu'il peut y avoir des cas où les problèmes concurrentiels concernés se rapportent à un marché intermédiaire de recherche et développement plutôt qu'à un marché de produit ou service

small but significant and non-transitory reduction in R&D effort ». Quant à l'analyse de fond, ils proposent un examen du marché de l'innovation en cinq étapes : (1) identification des activités de recherche et développement des parties à la concentration qui se chevauchent ; (2) identification des sources alternatives de R&D – ce qui revient à effectuer une étude de la substitution du côté de la demande et à évaluer la concurrence actuelle et potentielle ; (3) évaluation des pressions concurrentielles actuelles et potentielles de la concurrence sur les marchés de produits en aval ; (4) évaluation de l'augmentation de la concentration de la R&D suite à la réalisation de l'opération ; (5) évaluation des gains d'efficacité qui peuvent naître de l'opération en cause, compte tenu également l'incitation plus élevée à innover de la nouvelle entité issue de l'opération. La proposition d'appliquer cette approche, qui est en fait une extension du concept développé dans les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, dans le contrôle des concentrations a fait l'objet de vives critiques, v. en particulier « Symposium : A Critical Appraisal of the "Innovation Market" Approach », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 1, 1995 ; G. A. HAY, « Innovation in Antitrust Enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 7, 1995-1996 ; R. J. HOERNER, « Innovation Markets: New Wine in Old Bottles ? », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 49, 1995 ; R. T. RAPP, « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 19-20, 1995-1996 ; D. W. CARLTON, D.A. YAO ; R. T. RAPP & L. J. WHITE, « Before FTC Hearings on Global and Innovation-Based Competition », le 25 octobre 1995 ; R. P. TAYLOR & M. E. CARSWELL, « Research into Developing New Idea: Innovation Markets », *Intellectual Property Antitrust*, vol. 51, 1996 ; N. A. WIDWELL, « The Crystal Ball of Innovation Market Analysis in Merger Review: An Appropriate Means of Predicting the Future? », *George Mason Law Review*, vol. 4, 1996, p. 369-392 ; A. CHIN, « Analyzing Mergers in Innovation Markets », *Jurimetrics Journal*, vol. 38, n° 2, 1998, p. 119-150. Dans un rapport du personnel de la *Federal Trade Commission* de 1996, il est également recommandé que l'approche de marché de l'innovation soit appliquée dans les *Merger Guidelines*. En revanche, les nouvelles *Merger Guidelines* de 2010 s'abstiennent de l'utilisation de tout concept de marché de l'innovation. Au lieu de cela, elles appliquent le concept de « competition in innovation » (*concurrence dans l'innovation*).

⁶⁶³ Il est important de noter que dans la version française des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2001 et de 2011, le terme de « marché de l'innovation » a été bien utilisé respectivement aux paragraphes 50 et 119 bien qu'un autre terme – « concurrence dans l'innovation » – a été utilisé dans les explications du terme de marché de l'innovation dans les paragraphes suivants. En revanche, dans la version anglaise des Lignes directrices, le terme de « innovation market » – l'équivalent de « marché de l'innovation » – n'a été utilisé que dans les anciennes Lignes directrices de 2001 (para. 60) qui n'ont cependant pas clarifié la manière dont un marché de l'innovation doit être délimité. Ce terme n'est plus utilisé et est remplacé par le terme de « competition in innovation » – l'équivalent de « concurrence dans l'innovation » – dans les nouvelles Lignes directrices de 2010. Quelque soit le terme utilisé, le fond de l'analyse de la Commission européenne s'avère assez similaire à celui appliqué aux États-Unis.

⁶⁶⁴ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE C 003 du 6 jan. 2001, p. 2-30 ; Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE C 11 du 14 jan. 2011, p. 1-72.

particulier⁶⁶⁵. Dans de tels cas, il peut être alors judicieux de délimiter les marchés en termes de capacité de R&D plutôt que de produits spécifiques. Il s'agit de l'approche adoptée par la Commission. Après plus d'une décennie d'application, on peut se demander si la détermination d'un tel marché est vraiment nécessaire et utile afin d'identifier la frontière de la concurrence ? L'examen des décisions en la matière rendues par la Commission européenne montre que le concept a été très peu utilisé. Une des premières affaires fameuses dans laquelle la Commission a procédé à la détermination d'un marché de l'innovation est l'opération de concentration de *Ciba-Geigy/Sandoz* en 1996⁶⁶⁶. La Commission a examiné les activités de recherche et développement des entreprises concernées. Elle a trouvé que les projets de R&D des thérapies génétiques HS – TK de GTI, une filiale américaine de Sandoz, étaient en phase II/III, signifiant que GTI a déjà réalisé des progrès substantiels dans ce domaine, et que Viagen – une filiale de Ciba – menait des travaux de R&D dans le même domaine qui est en phase préclinique (avant la phase I). Par conséquent, elle a soulevé des doutes que l'opération conduite à une forclure sur ce marché parce que la nouvelle entité pourrait obtenir les brevets, ce qui bloquerait l'entrée de toutes les autres entreprises dans le marché des thérapies génétiques pour le traitement de tumeurs cérébrales et autres tumeurs⁶⁶⁷. Alors, c'est en fait un marché de produit futur que la Commission a déterminé et non pas un marché de l'innovation.

458. Plus récemment, dans l'affaire *Novartis/GlaxoSmithKlein Oncology Business*⁶⁶⁸, la Commission a déclaré que Novartis et GlaxoSmithKlein (GSK) étaient des concurrents actuels en matière de R&D des médicaments importants pour le traitement de certains types de cancer⁶⁶⁹. Elle avait des craintes que l'opération réduise l'innovation en conduisant probablement Novartis à abandonner son vaste programme d'essai cliniques portant sur le LGX818 et le MEK162 – deux produits innovants prometteurs pour le traitement du cancer de la peau et du

⁶⁶⁵ Il peut être le cas d'une fusion susceptible de réduire l'intensité des activités de R&D post-fusion parce que les deux entreprises fusionnantes sont les seules entreprises ou sont parmi très peu nombre d'entreprises qui sont capables de réaliser la R&D dans un domaine particulier. Ou il s'agit de cas d'un accord de licence réduisant les incitations des autres entreprises de s'engager dans la R&D, peut être parce qu'une entreprise possédant d'un brevet sur une procédé de production autorise aux parties de l'accord d'utiliser ce brevet, ce qui réduit l'incitation des autres entreprises de s'engager dans la R&D pour essayer de proposer une alternative de procédé de production éventuellement meilleure.

⁶⁶⁶ Décision de la Commission du 17 juillet 1997, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOUE L 201 du 29 juill. 1997.

⁶⁶⁷ *Id.*, paras. 46 et 97-105.

⁶⁶⁸ Décision de la Commission du 28 jan. 2015, COMP/M.7275, *Novartis/GlaxoSmithKlein Oncology Business*, JOUE C 95 du 21 mars 2015.

⁶⁶⁹ *Id.*, para. 91.

cancer des ovaires pour lesquels des essais cliniques étaient déjà en dernière phase, mais aussi d'un certain nombre d'autres cancers tels que le cancer colorectal ou le cancer du poumon pour lesquels des essais cliniques étaient en première phase. La préoccupation de la Commission portait sur à la façon dont la fusion des efforts actuels en matière de R&D affecterait le marché des produits futur et le rythme de l'innovation. Son analyse était celle de la concurrence potentielle plutôt que du marché de l'innovation et la Commission a pu en fait, dans cette affaire aussi, identifier non pas un marché de l'innovation mais des marchés des produits futurs dont les efforts de R&D servaient de preuves de l'anticipation.

459. En réalité, la capacité d'innovation ne peut être appréciée sans recourir à une certaine notion de produits concurrents car il faut finalement un produit afin de déterminer quelles sont les capacités d'innovation importantes. Par ailleurs, le but final de l'innovation est de créer un produit permettant à l'entreprise de rester concurrentielle sur un ou plusieurs marchés de produits. Il ne nous semble pas que la détermination du marché de l'innovation dont l'analyse se concentre sur la concurrence actuelle des activités de R&D soit pertinente. La concurrence sur les marchés caractérisés par de rapides avancées technologiques est de nature prospective. L'effet concurrentiel d'une concentration ne découle pas de l'élimination de la concurrence de R&D actuelle mais plutôt de l'élimination de la concurrence future entre les parties sur un marché de produit futur. Par conséquent, la probabilité d'une concurrence potentielle sur un marché de produit futur joue un rôle, dans l'analyse du marché, beaucoup plus important qu'une concurrence actuelle sur un marché de R&D. Le concept de marché de produit demeure alors essentiel. Le défi qui se pose, notamment dans l'application du cadre d'analyse actuel du contrôle européen des concentrations, réside dans l'adaptation du concept de délimitation du marché pertinent fondée sur la substitution des produits existants par les consommateurs à un concept fondé sur les capacités d'innovation des entreprises afin de créer de nouveaux produits substitués. En d'autres termes, il est nécessaire de répondre à la question de savoir *comment* évaluer la concurrence potentielle sur un marché à partir des capacités d'innovation de l'entreprise ? La réponse à cette question exige que les autorités de concurrence déterminent quels sont les actifs et les compétences (facilités essentielles) nécessaires pour innover et combien d'entreprises en possèdent. Il s'agit d'une question de preuve. Dans quelle mesure une preuve d'innovation est-elle suffisante pour que l'autorité de concurrence ou la cour puisse déterminer que l'entreprise innovatrice est un concurrent prévisible sur un marché de produit

futur ? La plupart des cas examinés par la Commission européenne à ce jour ont impliqué des innovations étant soumises à des derniers essais ou déjà terminées et/ou à une approbation réglementaire (*observable innovation*). Mais il y aurait dans le futur des transactions (*inobservable innovation*) qui pousseraient les autorités de concurrence à adopter une approche plus dynamique de la concurrence potentielle. L'établissement d'un paramètre des exigences factuelles sur quoi les autorités de concurrence peuvent se fonder pour déduire la concurrence potentielle à partir des preuves de l'innovation en cours est difficile mais réalisable.

460. Conclusion du B et du §2. Face à l'innovation qui vient réduire l'homogénéité des produits, les problèmes de la délimitation du marché pertinent réside tant dans la difficulté de prise en compte des phénomènes de remplacement des produits que dans la difficulté d'anticipation des évolutions technologiques futures. L'innovation modifie la nature de la concurrence, de la concurrence par les prix à la concurrence par la performance du produit. Cette modification rend l'évaluation de la substituabilité déterminée par l'observation des élasticités-prix croisées de la demande inadéquate parce que trop sévère. Si une méthode fondée sur la performance des produits peut être envisageable comme solution de ce problème, un problème plus fondamental auquel fait face la Commission européenne est la prise en considération de la substituabilité du côté de l'offre/concurrence potentielle exigeant l'anticipation de l'innovation future, celle qui serait viable à substituer l'innovation du produit ou service en question. L'approche d'analyse adoptée par la Commission européenne consistant à l'analyse de la concurrence des innovations actuelles ne permet pas de couvrir des transactions avec des technologies de plus en plus complexes et évolutives. L'anticipation des innovations futures exigera un changement radical de focalisation d'analyse, de celle fondée sur les comportements des consommateurs à celle fondée -sur les capacités d'entreprises.

461. Conclusion de la Section 2. Il ressort des différents développements précédents que de nouvelles formes de concurrence dominant le paysage dans les industries de haute technologie. De manière évidente, l'accent est mis sur la concurrence fondée sur la performance plutôt que sur la concurrence sur les prix et il existe, dans ces industries, une incertitude significative et une concurrence féroce. La prise en compte, par la Commission européenne, de la dimension dynamique du marché tant dans la délimitation du marché pertinent que dans l'appréciation de la position des entreprise n'est plus discutable. Cependant, l'analyse du dynamisme du marché

découlant de l'innovation et les effets de celle-ci sur l'efficacité du produit constituent un enjeu majeur pour la délimitation du marché dont l'essentiel réside dans les limites des méthodes d'analyse traditionnelles. Il nous semble donc nécessaire que les critères d'analyse soient réexaminés et les méthodes d'analyse révisées.

462. Conclusion du chapitre. Le présent chapitre a présenté deux types de marchés spécifiques sur lesquels la méthode de délimitation du marché actuelle met en avant des inefficiences. Il ressort des développements qui précèdent que le problème fondamental réside dans le raisonnement de la méthode de monopole hypothétique et le prix choisi comme référence d'analyse.

463. Sur le marché de produits différenciés où les produits ne sont pas tous également substituables, il est souvent difficile de déterminer, en appliquant une augmentation de 5 à 10% du prix du produit considéré, dans quelle mesure une rupture entre plusieurs groupes de produits sur une chaîne de substitution est suffisamment importante pour tracer la frontière du marché parce qu'il existe sur ce marché des produits qui sont moyennement substituables l'un pour l'autre dont l'inclusion dans le marché conduirait à surestimer la pression concurrentielle de l'entreprise les produisant mais l'exclusion hors du marché conduirait à ignorer, à tort, la pression concurrentielle qu'exerce cette dernière. D'autre part, dans la mesure où la différenciation de produit permet à l'entreprise de pratiquer des prix distincts à l'égard des consommateurs de chaque produit, des produits différenciés servant au même usage peuvent ne pas avoir une élasticité croisée importante mais l'effet de contrainte que représentent l'ensemble de ces substituts imparfaits peut être significatif. Le SSNIP ne peut malheureusement pas saisir cet effet, résultant d'un marché qui est délimité étroitement en ne se limitant qu'au produit considéré ou aux substituts les plus immédiats. Les analyses qui précèdent ont montré que ces difficultés peuvent être résolues en adaptant la méthode. En ce faisant, il serait nécessaire que soit adopté un raisonnement en deux étapes : la possibilité d'identifier les consommateurs infra-marginaux et l'existence d'un nombre suffisant de consommateurs marginaux empêchant l'entreprise d'augmenter le prix du produit. Il est également préconisé que ces étapes soient effectuées en appliquant un seuil d'augmentation du prix hypothétique plus large, de l'ordre de 20%, qui pourrait permettre de capter tous les produits différenciés auxquels les consommateurs pourraient retourner, c'est-à-dire les substituts raisonnables. Une autre direction pour adapter la méthode

peut porter sur la modification de l'analyse de la perte critique de manière que le SSNIP soit appliqué à n'importe quel produit différencié dans un groupe de produit et non pas nécessairement au produit le plus proche du produit considéré.

464. Sur les marchés dynamiques et innovants qui sont caractérisés par de rapides avancées technologiques et où la concurrence est conduite par l'innovation, les enjeux qui se posent à la méthode de délimitation du marché est de nature « dynamique » et fondamentale qui exigent un changement radical d'approche d'analyse. Dans la mesure où le prix n'est plus le principal paramètre concurrentiel, l'approche d'appartenance à un même marché fondée sur le principe de l'élasticité-prix croisée de la demande amène à définir des marchés trop étroits. Sur ce marché, la concurrence dépend fortement de l'efficacité du produit. Une méthode de délimitation du marché fondée sur la performance du produit s'avèrerait alors plus pertinente. Nous avons examiné dans ce chapitre les marchés pharmaceutiques et des communications dont les propres particularités remettent en cause la méthode traditionnelle de délimitation du marché. En réponse à ce problème, la Commission européenne a introduit le concept de marché de l'innovation qui délimite le marché en se fondant sur la concurrence actuelle de la capacité de R&D des entreprises concernées. Comme le montre sa pratique décisionnelle, il s'agit plutôt d'une analyse de la concurrence potentielle et l'innovation dans la plupart des cas examinés par la Commission était observable. Les analyses menées ont montré que le plus grand et véritable enjeu auquel la Commission doit faire face est l'appréciation de la concurrence sur un marché de produit potentiel dans les cas où les efforts d'innovation sont encore loin d'être achevés (*inobservable innovation*). Le traitement de cette question exige, d'une part, une approche d'analyse se focalisant non pas sur le comportement des consommateurs mais sur les capacités d'innovation des entreprises, autrement dit sur la substitution du côté de l'offre, et d'autre part, l'établissement d'un paramètre des exigences factuelles sur lequel les autorités de concurrence peuvent se fonder pour déduire la concurrence potentielle à partir des preuves de l'innovation en cours.

465. Transition. Face aux conditions particulières de ces types de marché, certains économistes suggèrent de remplacer la délimitation du marché par des méthodes économétriques.

CHAPITRE 2

LA RÉPONSE PAR DES MÉTHODES ALTERNATIVES

466. Le débat sur le rôle changeant de la délimitation du marché a été relancé dans le contexte où il existe des scénarios dans lesquels l'approche traditionnelle est problématique. Pour y répondre, les économistes ont imaginé de nouvelles méthodes quantitatives et ils estiment qu'elles permettent d'évaluer plus directement les effets escomptés d'une fusion ou d'un comportement d'entreprises (**Section 1**). Depuis lors, le débat se nourrit des propositions de réduire le rôle de la délimitation du marché ou même d'abandonner le concept de marché pertinent dans l'analyse concurrentielle⁶⁷⁰. Il a surtout mis l'accent sur la prétendue suprématie analytique des outils alternatifs par rapport au paradigme classique de marché pertinent – parts de marché. Remplacer la délimitation du marché par des méthodes d'analyse directe signifie que la Commission et les juges ne délimitent plus le marché pertinent lors de l'examen de problèmes de concurrence. Une telle évolution aussi importante qui pourrait changer radicalement la mise en œuvre des règles de la concurrence ainsi que la politique de la concurrence de l'Union européenne impliquerait de sérieuses répercussions juridiques (**Section 2**).

Section 1. Les nouvelles méthodes économétriques

467. Depuis la dernière décennie, nous assistons à une émergence de nouvelles méthodes économétriques suggérant de substituer l'approche de la délimitation du marché dans l'analyse concurrentielle. En matière de concentrations, le concept d'indices de pression sur les prix (*Pricing Pressure Index*) a été évoqué comme le premier substitut éventuel du marché pertinent. Faisant partie de ces indices, le test du nom *Upward Pricing Pressure* et ses variantes, à savoir le *Gross Upward Pricing Pressure Index* et *l'Illustrative Price Rise*, seront décrits dans un premier temps (§1). Dans un second, nous analyserons l'approche fondée sur les effets directs, que certains suggèrent comme outil alternatif à la délimitation du marché, dans les affaires d'abus de position dominante (§2).

⁶⁷⁰ L. KAPLOW, « Why (Ever) Define Markets? », préc.; L. KAPLOW, « Market Share Thresholds : On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments », préc.

§1. UPP – GUPPI – IPR

468. Lors d'un colloque organisé par la *Federal Trade Commission First Annual Microeconomics* et l'Université Northwestern à Washington DC en novembre 2008, les deux économistes américaines Carl SHAPIRO et Joseph FARRELL ont présenté un test dit *Upward Pricing Pressure* (pression à la hausse sur les prix) qui a été suggéré en tant que substitut éventuel à la délimitation du marché pertinent pour les fusions s'opérant sur des marchés de produits différenciés. Cette méthode, qui a été révisée et publiée deux ans plus tard sur une revue⁶⁷¹, a fait l'objet d'une grande attention et de vifs débats parmi les professionnels de la concurrence. La méthode proposée se concentre sur les éléments incitant l'entreprise issue d'une fusion à accroître ses prix post-fusion, sans passer par la détermination du marché où s'opère l'opération. Plusieurs variantes de cette méthode ont été établies dont le *Gross Upward Pricing Pressure Index* (GUPPI) et l'*Illustrative Price Rise* (IPR) utilisés par certaines autorités de concurrence. Bien que la méthode ait été intégrée dans les *US Horizontal Mergers 2010* comme premier filtre permettant de déterminer les fusions qui peuvent potentiellement poser des problèmes en termes d'effets unilatéraux et qui nécessitent ainsi une analyse plus approfondie, sa pertinence et sa viabilité pour être une alternative à la délimitation du marché est une question qui reste discutable. De l'autre côté de l'Atlantique, la Commission européenne ainsi que certaines autorités nationales de la concurrence ont utilisé cette méthode dans leurs analyses de certaines fusions. Avant d'examiner l'utilisation de la méthode en droit européen de la concurrence (B), il est nécessaire de la décrire avec ses variantes (A).

A. UPP – GUPPI – IPR

469. L'approche de ces tests est de nature statique. En effet, ils ne se focalisent tous que sur les facteurs du côté de la demande et sur l'incitation des parties à la fusion d'augmenter leurs prix, sans tenir compte de la proximité de leurs produits et des produits des concurrents, de la réaction de ces derniers ou de l'entrée de nouveaux concurrents. Pourtant, ils sont considérés comme une approche plus directe et plus simple à mettre en œuvre que l'approche traditionnelle. Nous

⁶⁷¹ J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10: Iss.1 (Policies – Perspectives), Article 9, 2010. J. Farrell et C. Shapiro sont devenus chefs économistes respectivement de la FTC (2009-2012) et du DOJ (2009-2011).

discuterons respectivement les principes, les avantages et les limites de l'UPP (1), du GUPPI (2) et de l'IPR (3).

1. Upward Pricing Pressure

470. Le test *Upward Pricing Pressure* fait directement référence à la théorie économique en se fondant sur l'analyse de l'incitation des parties à augmenter leurs prix suite à leur fusion, et non pas sur un indice de concentration.

a. Le principe

471. Pour expliquer le plus simplement les principes du test UPP, considérons que fusionnent deux entreprises mono-produit⁶⁷² 1 et 2 présentes sur un marché de produits différenciés et se livrant concurrence sur les prix dite concurrence à la Bertrand. Avant la fusion, lorsque l'entreprise 1 décide d'augmenter son prix, elle tient compte du fait qu'une partie, voire l'ensemble de sa demande se reporte vers les produits vendus par ses concurrents. Sa perte de vente constitue donc un obstacle à l'incitation qu'elle pourrait avoir à une telle augmentation. Après la fusion, la demande reportée n'est pas totalement perdue. En effet, une partie sera captée par l'entreprise 2 (partie à la fusion) et restera donc au sein du groupe. C'est cet effet d'intégration lié à la fusion qu'analyse le test UPP pour déterminer si la nouvelle entité est incitée à augmenter ses prix post-fusion.

472. L'incitation à augmenter le prix dépend de l'ampleur du report de demande entre les produits des entreprises. Plus le report de demande est important, plus l'entreprise est incitée à augmenter les prix.

473. FARRELL et SHAPIRO ont illustré cette incitation par une formule exprimée par le ratio de diversion, c'est-à-dire la proportion du report de la demande de produit 1 vers le produit 2, et les marges dégagées par ces produits tout en intégrant les gains d'efficacité.

⁶⁷² L'hypothèse posée par FARRELL et SHAPIRO est celle d'entreprises mono-produit, de sorte que lorsque deux entreprises fusionnent, la nouvelle entité vend deux produits. Pour les entreprises multi-produits, v. R. WILLIG, « Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1-2, p. 19-38.

$$UPP_1 = (p_2 - c_2) D_{12} - e_1 c_1$$

p_2 étant le prix exercé par l'entreprise 2, c_2 son coût marginal de production, D_{12} le ratio de diversion de 1 vers 2. Le terme $(p_2 - c_2)$ est la marge du produit 2. Le premier terme à droite, $(p_2 - c_2)D_{12}$, donne la valeur des ventes reportées. c_1 désigne le coût marginal de production du produit 1 et e_1 le pourcentage de la réduction du coût marginal post-fusion. Le second terme à droite, $e_1 c_1$, montre l'effet qu'a la réduction du coût marginal découlant de la fusion.

474. L'UPP₁ peut s'expliquer comme suit : plus la valeur des ventes reportées est importante, plus la contrainte concurrentielle que le produit 2 exerçait sur le produit 1 est éliminée et donc plus la nouvelle entité est incitée à accroître le prix du produit 1. Cette incitation est encore plus forte si la marge du produit 2 est élevée. En revanche, les gains d'efficacité susceptibles de résulter de la fusion peuvent limiter cette incitation car la fusion peut réduire le coût de production du produit 1, ce qui peut inciter la nouvelle entité à baisser le prix de vente de ce produit. Ce qui importe est donc l'effet net. Il y aura une pression à la hausse sur les prix si la valeur des ventes reportées entre les produits, autrement dit, si l'effet de l'élimination de contrainte concurrentielle entre les parties à la fusion est plus important que l'effet de gain d'efficacité. Dans le cas contraire, la nouvelle entité ne sera pas incitée à relever le prix de l'un de ses produits. Ainsi, en se référant à la formule ci-dessus, l'entité issue de la fusion sera incitée à accroître le prix du produit 1 post-fusion si l'UPP₁ > 0. Une analyse similaire s'applique au produit 2. Si l'UPP est positif, l'opération doit être l'objet d'une analyse plus poussée.

475. Prenons un exemple numérique. Supposons que le coût de production unitaire du produit 2 est de 6 € et chaque produit est vendu au prix de 10 €. La marge brute unitaire du produit 2 est donc de 4 €. Supposons maintenant que le coût de production unitaire du produit 1 est de 7 € et la réduction du coût de production post-fusion est de 10%. La réduction du coût marginal découlant de la fusion est donc de 0.7 € par unité. Supposons enfin que le ratio de diversion du produit 1 au produit 2 est de 30%. L'UPP₁ sera égale à : $(6 - 4) \times 0,3 - 7 \times 0,1 = 0.5 > 0$. Par conséquent, l'entité nouvelle est incitée à accroître le prix du produit 1 post-fusion.

476. En cas de symétrie, c'est-à-dire en cas d'égalité des ratios de diversion, des prix des coûts marginaux et des gains d'efficacité entre les deux produits, l'UPP n'est positif que si :

$$D \frac{m}{1-m} > e$$

où D étant le ratio de diversion, m la marge et e les gains d'efficience⁶⁷³

477. Le test reposant sur une base solide de la théorie économique présente des avantages certains mais aussi des limites qui expliquent l'objection à l'encontre de son utilisation dans l'analyse des fusions.

b. Les avantages et les limites

478. Alors que les avantages principaux du test consistent en sa simplicité apparente à le mettre en œuvre (i), c'est même celle-ci qui constitue les limites majeures du test en ne lui permettant pas de fournir un certain éclairage sur l'effet escompté d'une fusion sur les prix (ii).

i. Les avantages

479. Un tout premier avantage recherché par le test UPP est de s'affranchir du calcul des parts de marché et de l'indice de concentration. Il n'est donc pas nécessaire dans un premier temps de délimiter le marché pertinent.

480. Deuxièmement, le ratio de diversion peut être estimé directement sans avoir à collecter de grandes quantités de données⁶⁷⁴. Notamment, le calcul de ce ratio ne requiert pas de données sur la forme de la fonction de la demande.

481. Troisièmement, il tient compte des gains d'efficacité dès la première étape de l'analyse des effets unilatéraux⁶⁷⁵. Il s'agit d'un raisonnement pertinent car une fusion d'entreprises, en concurrence à la Bertrand, produit normalement deux effets opposés qui sont d'une part, une hausse des prix et d'autre part, des gains d'efficacité traduits par une réduction des coûts de production. L'existence de l'incitation de l'entité fusionnée à augmenter leurs prix dépend de l'effet net résultant de ces deux effets opposés. Il est donc nécessaire qu'ils soient considérés simultanément.

⁶⁷³ J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », *op. cit.*, p. 12.

⁶⁷⁴ A. CHARPIN et G. DE MUIZON, « Market Definition: Is There A Need For New Guidance ? », *Revue des droits de la concurrence*, n° 2, 2012, p.14.

⁶⁷⁵ La pratique décisionnelle de la Commission ne tient compte que cet effet des gains d'efficacité dans la deuxième étape d'analyse lors que l'effet unilatéral a été mis en évidence.

482. Malgré ces avantages et une solide base dans la théorie économique, ce test connaît cependant plusieurs limites. Ces dernières expliquent qu'il fasse l'objet de vives discussions quant à son application concrète dans l'analyse des fusions par les autorités de concurrence.

ii. Les limites

483. Le test a été souvent critiqué pour le fait qu'il ne démontre que le sens d'une variation de prix mais ne donne pas de prédiction quant à son ampleur. Or, pour estimer l'ampleur de l'augmentation post-fusion, il est nécessaire de savoir comment la hausse de coût marginal sera intégrée au prix. La résolution de cette question dépend principalement des informations sur la fonction de la demande qui requiert des analyses beaucoup plus complexes. La difficulté que pose la délimitation du marché pertinent n'est donc pas supprimée par le test.

484. De plus, le test UPP ne propose pas une analyse équilibrée car il ne tient pas compte d'éventuelles réactions des entreprises étrangères à la fusion (le repositionnement du produit et l'introduction de nouveaux produits). Pourtant, ces réactions du côté de l'offre sont à l'origine de contraintes concurrentielles qui limitent une augmentation de prix.

485. Par ailleurs, le test ne s'applique qu'aux entreprises fournissant des produits différenciés⁶⁷⁶ sans qu'aucune définition de différenciation de produit ne soit donnée. On ne sait donc pas à partir de quel degré de différenciation l'application du test UPP donnerait un résultat plus satisfaisant que le test de l'indice de concentration.

486. Enfin, ce test se limite à l'évaluation des risques des effets unilatéraux : il n'apporte en effet pas de précision quant à l'évaluation des risques des effets coordonnés.

487. En raison des limites exposées, a été développé une variante dite GUPPI qui est moins « pure » que l'UPP mais qui permet de prévoir avec plus de fiabilité dans quelle mesure l'entreprise est incitée à augmenter le prix d'un produit post-fusion.

⁶⁷⁶ J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition » *op. cit.* : « L'approche traditionnelle utilise l'indice de concentration : les fusions proposées qui augmentent considérablement le degré de concentration sur un "marché en cause" sont présumées anticoncurrentielles. Toutefois, [...], cette approche peut s'avérer maladroite et inexacte dans les industries produisant des produits différenciés dans lesquelles la théorie du préjudice est liée à des effets unilatéraux (plutôt que coordonnés). L'approche développée ici est conçue pour s'appliquer à ces cas » (nous traduisons).

2. Gross Upward Pricing Pressure Index

488. Le GUPPI a été développé par SALOP et MORESI⁶⁷⁷ en 2009 et est le test qui a été retenu dans les *US Horizontal Merger Guidelines* de 2010⁶⁷⁸. Ce test est qualifié d'indice *brut* de l'incitation à la hausse des prix car il ne tient pas compte des gains d'efficacité.

a. Le principe

489. Le GUPPI est défini dans les *US Horizontal Merger Guidelines* comme la valeur des unités reportées, en proportion de la perte de revenu de l'entreprise qui augmente le prix de son produit⁶⁷⁹.

490. Comme l'UPP, le test GUPPI a également recours au ratio de diversion, mais exprimé en termes de revenus. La mise en œuvre du test est expliquée dans la section 6.1 des *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 selon lesquelles la pression à la hausse des prix du produit d'une entreprise partie à la fusion est exprimée par la formule :

$$\text{GUPPI}_1 = D_{12} \frac{p_2}{p_1} m_2$$

D_{12} étant le ratio de diversion de 1 à 2, $\frac{p_2}{p_1}$ ratio prix des produits 2 et 1, et m_2 la marge bénéficiaire du produit 2.

491. Comme le GUPPI ne tient pas compte des gains d'efficacité, les fusions entre entreprises vendant des produits substituables résultent toujours à un GUPPI positif. Par conséquent, plus la fraction est élevée, plus l'entité nouvelle est incitée à relever ses prix post-fusion. Il existe un GUPPI pour chaque produit de l'entité nouvelle.

b. Les améliorations par rapport à l'UPP

492. Tout d'abord, il convient de noter que ni l'UPP ni le GUPPI ne mesure l'ampleur de la hausse de prix. Les *US Horizontal Merger Guidelines* indiquent qu'une fusion n'est pas en

⁶⁷⁷ S. C. SALOP & S. MORESI, « Updating the Merger Guidelines : Comments », disponible sur le site <https://www.ftc.gov/os/comments/horizontalmergerguides/545095-00032.pdf> (consulté le 3 février 2018).

⁶⁷⁸ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, préc.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, note 11: « À cette fin, la valeur des ventes reportées est mesurée proportionnellement à la perte de revenus imputable à la réduction des ventes unitaires résultant de la hausse des prix. Ces pertes de revenus sont égales à la réduction du nombre d'unités vendues de ce produit multiplié par son prix » (nous traduisons).

mesure d'engendrer des effets anticoncurrentiels significatifs si le GUPPI est relativement faible⁶⁸⁰. Cependant, elles ne précisent pas à partir de quand un GUPPI doit être considéré comme étant relativement faible. Les économistes estiment que la hausse des prix peut être mesurée en multipliant le GUPPI obtenu par le taux de répercussion des variations de coût (ou taux de *pass-through*). Pourtant, les données nécessaires pour mesurer ce taux dépendent souvent de la courbure de la fonction de la demande qui exige, comme mentionné ci-dessus, des analyses beaucoup plus complexes.

493. Lorsque les données ne sont pas disponibles pour calculer ce taux, il est nécessaire que les autorités de la concurrence déterminent le seuil à partir duquel le GUPPI est considéré comme suffisamment élevé pour engendrer un risque des effets anticoncurrentiels. Il est reconnu qu'il existe une relation étroite entre le GUPPI et la délimitation du marché pertinent. En effet, ce lien peut s'expliquer par trois éléments. Premièrement, le GUPPI et le marché pertinent défini à l'aide du test SSNIP ont tous les deux recours à la notion de substitution. Deuxièmement, les données nécessaires au calcul du test GUPPI (estimation du ratio de diversion, marge et prix du produit) sont également utilisées pour appliquer le SSNIP. Troisièmement, il est suggéré que l'entité issue d'une fusion risque d'augmenter unilatéralement les prix post-fusion si le GUPPI est deux fois plus élevé que le SSNIP⁶⁸¹. Ainsi, si une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix de 5% est rentable, le GUPPI serait de 10% et les produits des entreprises fusionnantes constitueraient un marché pertinent.

494. Le GUPPI peut par conséquent être un outil attractif pour les autorités de la concurrence dans le sens où il constitue un indice permettant d'apprécier la position des entreprises fusionnantes en complément⁶⁸² à la délimitation du marché pertinent.

495. Il existe encore une autre variante populaire de l'UPP qui est utilisée par les autorités britanniques de la concurrence. Il s'agit du test dit *Illustrative Price Rise*.

⁶⁸⁰ *Horizontal Merger Guidelines, op.cit.*, point 6.1.

⁶⁸¹ Voir S. MORESI, « The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis », *The Antitrust Sources*, février 2010; OCDE, « Définition du marché pertinent », DAF/COMP (2012)13, Direction générale des affaires économiques et financières, publié le 10 octobre 2012, n° 203, p. 58.

⁶⁸² Il est à noter que les *Horizontal Merger Guidelines* américaines stipulent que l'analyse d'une fusion ne doit pas nécessairement débiter par la délimitation du marché pertinent mais elles ne prévoient en aucun cas d'abandonner cet exercice.

3. Illustrative Price Rise

496. L'*Illustrative Price Rise* (IPR) est largement utilisé par les deux agences de la concurrence britanniques, la *Competition Commission* (CC) et l'*Office for Fair Trading* (OFT). L'approche continue d'être adoptée par la *Competition and Markets Authority* (CMA) – l'autorité de la concurrence issue de la fusion de la CC et l'OFT après la réforme institutionnelle au Royaume-Uni en avril 2014. Une différence importante de l'IPR par rapport à l'UPP et au GUPPI consiste à la valeur d'augmentation du prix que ce premier permet de mesurer. En ce faisant, le test repose sur des hypothèses concernant la forme de la fonction de demande et implique l'estimation des ratios de diversion et des marges unitaires.

497. En principe, le test part de l'hypothèse consistant au fait que deux entreprises mono-produit produisent des biens différenciés et se livrent concurrence sur les prix, que la réaction des concurrents n'est pas changée post-fusion et que la demande est soit linéaire⁶⁸³, soit iso-élastique⁶⁸⁴. En cas de symétrie⁶⁸⁵, c'est-à-dire la marge et les ratios de diversion des deux parties à la fusion sont les mêmes, l'IPR est calculé par les formules correspondant respectivement à une demande linéaire (a) et iso-élastique (b) comme suit⁶⁸⁶ :

$$\text{IPR} = D \frac{m}{2(1-D)} \quad (\text{a})$$

$$\text{IPR} = D \frac{m}{(1-m-D)} \quad (\text{b})$$

où D étant le ratio de diversion et m la marge

498. Dans les deux cas, plus la marge et le ratio de diversion sont élevés, plus l'IPR est élevé. En pratique, la courbe de la demande iso-élastique donne à un IPR largement supérieur à celui calculé sur la base de la demande linéaire. Par exemple, une marge de 40% et un ratio de diversion de 10% implique un IPR de 2% dans le cas de la demande linéaire et de 8% dans le cas

⁶⁸³ Une courbe de demande linéaire illustre une situation dans laquelle il existe un « *choke price* » au-dessus duquel la demande tombe à zéro. Pour détail, v. J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge Massachusetts, London, MIT Press, 1^{er} éd., 1988.

⁶⁸⁴ Une courbe de demande iso-élastique illustre une situation dans laquelle il existe toujours une demande à tout prix, peu importe la hauteur du prix. Pour détail, v. J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, *op. cit.*

⁶⁸⁵ En cas d'asymétrie, les versions de la formule de calcul de l'IPR sont beaucoup plus compliquées et ne sont pas présentées ici. Pour ces versions, voir RBB Economics, « *Conjectural Variations and Competition Policy: Theory and Empirical Techniques* », *Rapport pour l'Office Fair Trade*, Oct. 2011.

⁶⁸⁶ Ces formules sont présentées et discutées en plus détaillées dans C. SHAPIRO, « *Mergers with Differentiated Products* », *Antitrust*, vol. 10, 1996, p. 23-30.

de la demande iso-élastique. Si la courbe de la demande joue un rôle décisif pour déterminer l'IPR, le choix du système de demande est arbitraire. Il n'existe généralement pas de preuve empirique permettant de déterminer laquelle de la courbe de la demande est la meilleure approximation du comportement des consommateurs sur le marché concerné. Nous verrons plus loin que les calculs de l'IPR réalisés par les autorités britanniques de la concurrence dans des fusions reposent sur un choix essentiellement arbitraire d'une fonction mathématique sans autre motivation.

499. Conclusion du A. Il ressort des développements qui précèdent que la valeur principale des tests de pressions sur les prix consiste au fait qu'ils sont fondés sur l'économie industrielle moderne et représentent donc des avancées par rapport à l'analyse traditionnelle de premier filtre dans les concentrations s'opérant sur des marchés de produits différenciés, dans la mesure où cette analyse se limite à une évaluation des parts de marché. Ces tests nécessitent peu d'informations, ce qui permet de les mettre en œuvre lors des investigations de première phase qui supporte normalement des contraintes temporelles. Cependant, ils représentent de nombreuses limites. À part leurs propres limites spécifiques en termes de caractère restrictif des hypothèses ou d'absence de seuils permettant de juger les résultats d'un test, un problème majeur de tous ces tests est qu'ils accordent beaucoup d'attention à deux chiffres – le ratio de diversion et la marge brute – à un stade précoce de l'enquête. Les marges brutes, en particulier, sont généralement difficiles à mesurer et peuvent devenir un sujet de vif débat entre les parties à la concentration et les autorités de concurrence. Cela peut engendrer des coûts d'opportunité alors que d'autres aspects, pourtant extrêmement pertinents, doivent être pris en considération dans la première phase de l'enquête.

500. Les aspects positifs des tests de pression sur les prix ont conduit toutefois certaines autorités de la concurrence à décider de les utiliser ou de les examiner dans leurs décisions dans des fusions. La Commission européenne a utilisé ces tests dans certaines de ses décisions mais en tant que complément de la délimitation du marché et non pas en tant qu'alternative à cette dernière. Il convient de souligner d'ailleurs que la Commission n'a, jusqu'à présent, réalisé aucune consultation publique sur l'abandon de la délimitation du marché pertinent et/ou sur l'adéquation de recourir au test de pression sur les prix.

B. L'application des UPP – GUPPI – IPR dans les affaires

501. Sans être imposé dans leurs Lignes directrices sur les concentrations horizontales, les tests de la pression à la hausse sur les prix ont été utilisés dans certaines affaires au niveau européen (1) mais aussi au niveau national (2) afin de renforcer la preuve d'un effet unilatéral potentiel qu'entraînerait une opération de concentration.

1. Au niveau européen

502. Depuis quelques années, les tests de pression à la hausse sur les prix sont intégrés dans le processus d'évaluation des effets concurrentiels de la Commission européenne, notamment pour les opérations de concentrations dans le secteur de télécommunications. En effet, les quatre décisions dans lesquelles ces tests ont été utilisés jusqu'à présent concernent toutes les concentrations sur des marchés de télécommunications. Dans le cadre de cette analyse, nous examinerons deux opérations de concentration où l'application des tests UPP révèle des problématiques qui sont en pratique les points de difficulté principaux.

a. Hutchison 3G Austria/ Orange Austria⁶⁸⁷

503. Il s'agit de l'opération de concentration où la Commission européenne a utilisé pour la première fois les tests UPP dans son investigation en Phase II pour analyser les effets unilatéraux potentiels qu'entraînerait l'opération. L'affaire concernait le marché autrichien de la télécommunication mobile. Avant l'opération, l'Autriche ne comptait que quatre opérateurs de réseau mobile dont les parties à la fusion, Hutchison 3G (H3G) et Orange, étaient les deux plus petites qui disposaient d'une part de marché cumulée de 22%.

504. L'UPP constituait l'outil d'analyse principal en Phase II de la Commission. Elle n'a eu, en effet, recours à aucune autre analyse économique en vue de l'évaluation des effets unilatéraux de l'opération. Comme nous l'avons vu aux analyses précédentes, les deux éléments principaux pour le calcul de l'indice UPP sont le ratio de diversion et les marges. En principe, le ratio de diversion est estimé à partir des données obtenues de l'enquête consommateurs qui est, dans cette affaire, réalisée par les parties à l'opération et incluses dans le formulaire CO. Cependant, la Commission estime que le résultat de l'enquête consommateurs réalisée est biaisé, ce qui le

⁶⁸⁷ Décision de la Commission du 12 déc. 2012, COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, JOUE C 224 du 3 août 2013.

rend clairement moins pertinent que les données de la portabilité du numéro mobile (*Mobile Number Portability – MNP*) déjà disponibles sur le marché. Elle a fait valoir que premièrement, la proportion de nouveaux clients de B provenant de A, qui est l'élément le plus pertinent dans l'enquête, n'est pas liée à l'estimation du ratio de diversion considéré car la mesure correcte du ratio de diversion de A à B est la proportion des clients de A qui se tournent vers B en réponse à une augmentation du prix de A⁶⁸⁸. Deuxièmement, la Commission a souligné que ce ratio est mesuré à un moment donné alors que l'enquête a pris comme base le dernier report d'un client d'un opérateur à un autre quel que soit le moment où il a eu lieu. Cela génère un biais à la baisse dans l'estimation du nombre de clients abandonnant H3G⁶⁸⁹. Dernièrement, l'enquête a été réalisée sur un nombre limité de clients fournissant beaucoup moins d'observations que la base de données de la MNP⁶⁹⁰. Pour toutes ces raisons, la Commission a choisi d'estimer le ratio de diversion sur la base de données de la MNP disponibles selon lesquelles environ un tiers des clients post-payés d'Orange et d'H3G se sont tournés l'un vers l'autre durant la période de douze derniers mois précédents de la date de l'examen de l'opération, c'est-à-dire du deuxième trimestre 2011 au premier trimestre 2012.

505. En ce qui concerne la marge, la Commission a utilisé deux types de marges dans sa décision : des marges directes et des marges de contribution⁶⁹¹. Les marges directes mesurent la différence entre le prix et les coûts marginaux à court terme. Dans le secteur des télécommunications, cela implique la différence entre des coûts d'interconnexion et des coûts d'itinérance qui conduit à une marge directe d'environ 80%. Les marges de contribution permettent de déduire les coûts d'acquisition et de fidélisation des clients et les coûts irrécupérables. Dans les télécommunications, cela peut conduire à une marge de 50% à 60%⁶⁹². Il est important de souligner que le choix du type de marges a un effet important sur la prévision de la hausse des prix. Par exemple, si le ratio de diversion des parties à une concentration était de 30%, une marge directe de 80% conduirait à une GUPPI de 24% (c.-à-d. 30% x 80%) tandis qu'une marge de contribution de 60% entraînerait à une GUPPI de 18% (c.-à-d. 30% x 60%).

⁶⁸⁸ *Id.*, Annexe I, para. 6.

⁶⁸⁹ *Id.*, Annexe I, para. 7.

⁶⁹⁰ *Id.*, Annexe I, para. 9.

⁶⁹¹ *Id.*, Annexe II.

⁶⁹² Selon les données de l'agence d'enquête Yankee, les marges directes moyennes et les marges de contribution moyennes des opérateurs en Allemagne sont respectivement de 78% et 53% en 2012.

Ces deux types de marges ont été utilisés par la Commission, qui n'a cependant donné aucune qualification quant à la crédibilité de la marge.

506. La marge est un élément important et controversé pour les analyses de l'UPP mais elle constitue également une difficulté pratique majeure pour la Commission. Quel type de marge devrait être utilisé ? Dans ses décisions ultérieures *H3G UK/Telefónica Ireland*⁶⁹³ et *Telefónica Deutschland/E-Plus*⁶⁹⁴, la Commission a complètement abandonné les scénarios impliquant des marges directes mais a évalué sur la base de scénarios impliquant des marges de contribution et des marges incrémentales (*incremental margins*). Ces dernières déduisent des coûts récupérables à plus long terme, par exemple des investissements récupérables dans les réseaux de télécommunications et de distribution. Dans les industries à forte intensité de capital telles que les télécommunications, ces coûts peuvent être substantiels, abaissant de 10 à 20 points de pourcentage la marge correspondante⁶⁹⁵. Un autre problème lié au calcul des marges porte sur la détermination des coûts à prendre en considération. Dans cette première décision *H3G Austria/Orange Austria*, le débat sur les coûts pris en compte par la Commission dans ses calculs des marges a été vif. En effet, les parties à l'opération ont critiqué que les coûts marginaux utilisés par la Commission dans ses calculs d'UPP ne comprenaient pas un coût important lié à l'attraction d'abonnés supplémentaires, soit le coût destiné à l'amélioration de la capacité de distribution et de la qualité du réseau⁶⁹⁶. Si ces investissements de réseau ne sont pas pris en compte, les UPP pourraient conduire à surestimer de manière significative les effets négatifs potentiels de l'opération. La Commission a rejeté cet argument en faisant valoir que les incitations de la fixation des prix ne sont pas motivées par les investissements mais plutôt par les profits qui peuvent être réalisés et que l'effet anticipé sur les prix devait être compris dans un sens de prix ajustés en fonction de la qualité⁶⁹⁷.

507. Sur la base de ces éléments, l'analyse de la Commission a abouti à la conclusion que l'opération entraînerait une augmentation des prix de l'ordre de 10% à 20% sur le segment post-

⁶⁹³ Décision de la Commission du 28 mai 2014, COMP/M.6992, *H3G UK/Telefónica Ireland*, JOUE C 264 du 13 août 2014.

⁶⁹⁴ Décision de la Commission du 2 juill. 2014, COMP/M. 7018, *Telefónica Deutschland/E-Plus*, JOUE C 86 du 13 mars 2015.

⁶⁹⁵ L. WIETHAUS & R. NITSCHKE, « Upward Pricing Pressure Analysis: Critical Issues in Recent Applications », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 6, Issue 1, 2015, p. 48-53.

⁶⁹⁶ Décision de la Commission du 12 déc. 2012, COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, préc., para. 321.

⁶⁹⁷ *Id.*, paras. 322, 324 et 350.

payé privé⁶⁹⁸. L'opération a été autorisée sous l'ensemble d'engagements présentés par H3G qui facilitent l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché autrichien de la télécommunication mobile.

508. Il est nécessaire de noter que la Commission a rejeté dans sa décision l'argument avancé par les parties concernées selon lequel les tests UPP ont été développés uniquement comme filtre initial en Phase I. En fait, la Commission souligne qu'il n'existe aucune autre approche alternative pertinente qui aurait pu être utilisée à la place de l'UPP. Elle déclare également que l'UPP est une composante généralement acceptée de l'analyse des fusions. Cette déclaration l'a conduite à appliquer également cette approche dans ses décisions ultérieures dans l'industrie de télécommunications. Si les tests UPP constituent un outil d'analyse principal dans cette première décision, en existe d'autres qui eux, sont d'ordre quantitatif auquel la Commission a eu recours dans ses trois autres décisions dont par la plus récente, elle a bloqué la concentration entre deux opérateurs sur le marché britannique de téléphonie mobile.

b. Hutchison 3G UK/Telefónica UK⁶⁹⁹

509. Il s'agissait de la seule transaction que la Commission européenne a totalement interdite après une enquête approfondie en Phase II en 2016. *Telefónica* est l'opérateur numéro deux et *Three*, une filiale de Hutchison, le numéro quatre au Royaume-Uni. La transaction concerne le projet de rachat d'O2 de Telefónica UK par Hutchison, donnant lieu à la création d'un nouveau leader avec une part de marché cumulée de plus de 40% et à la réduction du nombre d'opérateurs de quatre à trois sur le marché de la téléphonie mobile au Royaume-Uni.

510. Dans son évaluation des effets anticoncurrentiels de l'opération en Phase II, la Commission a eu recours à plusieurs analyses quantitatives dont le GUPPI. En application de ce test, elle a calculé les ratios de diversion en se fondant sur les données obtenues des enquêtes de consommateurs et non pas sur les données MNP déjà disponibles sur le marché comme dans sa décision dans la fusion *Hutchison 3G Austria/ Orange Austria*. La Commission fait valoir que l'utilisation des données MNP aux fins de l'analyse quantitative des effets unilatéraux présente

⁶⁹⁸ Décision de la Commission du 12 déc. 2012, COMP/M. 6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, *op. cit.*, para. 362.

⁶⁹⁹ Décision de la Commission du 11 mai 2016, COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, JOUE C 357 du 29 septembre 2016.

un certain nombre de limites⁷⁰⁰ qui, en l'espèce, conduisent à des inexactitudes dans le calcul des ratios de diversion. L'enquête a été ainsi réalisée auprès de 1200 consommateurs qui avaient choisi un nouveau plan tarifaire au cours des douze derniers mois disponibles, soit entre juillet 2014 et juin 2015. Elle cherche à savoir quel opérateur est le premier choix des consommateurs et ensuite, connaître leur second au cas où les prix de l'opérateur de son premier choix augmenteraient de 10% ou bien où ce dernier ne serait pas présent sur le marché au moment où ils font leur choix. En se fondant sur les résultats de l'enquête, les ratios de diversion entre les parties concernées ont été calculés au niveau des réseaux et au niveau des fournisseurs. Ainsi, au niveau des réseaux, les ratios de diversion sont de 50 – 60% (entre Three et O2), de 20 – 30% (entre O2 et Three) pour le segment de prépayés, et de 40 – 50% (entre Three et O2) et de 10 – 20% (entre O2 et Three) pour le segment post-payés. Au niveau des fournisseurs, ils sont respectivement de 40 – 50% (entre Three et O2), de 20 – 30% (entre O2 et Three), et de 30 – 40% (entre Three et O2) et de 10 – 20% (entre O2 et Three).

511. En ce qui concerne la marge, trois types de marges⁷⁰¹ ont été utilisés par la Commission : la marge de contribution, la marge de réseaux incrémentale à court terme (*short run incremental network margins*) et la marge incrémentale à court terme (*full short run incremental margins*). Là encore, la Commission n'a donné aucune précision quant à la crédibilité de chacune des marges.

512. En se fondant sur ces données, la Commission a abouti à la prévision d'une augmentation de prix, au niveau des réseaux, de 15,4% et de 10,7% respectivement pour Three et O2. Au niveau des fournisseurs, cette augmentation est prévue de 12,9% et de 9,0%⁷⁰². La Commission a par conséquent conclu que l'opération était susceptible de provoquer une incitation importante chez les parties concernées à augmenter les prix.

513. En contestant cette conclusion, les parties concernées ont critiqué la Commission pour son utilisation des tests UPP. Une nouvelle fois, la Commission a rejeté les arguments faisant valoir que les tests UPP ne doivent être utilisés que comme filtre initial identifiant les affaires qui

⁷⁰⁰ *Id.*, Annexe A, para. 50 : « En particulier, les données MNP (i) ne révèlent que le comportement de commutation des consommateurs ayant transféré leur numéro de téléphone mobile, (ii) imposent des hypothèses soit sur le premier choix de l'opérateur mobile des consommateurs, soit sur leur second choix et (iii) ne représentent pas nécessairement les préférences des consommateurs marginaux (qui sont les plus concernés aux fins de l'analyse) » (nous traduisons).

⁷⁰¹ *Id.*, Annexe A, para. 86.

⁷⁰² *Id.*, Annexe A, paras. 180-183.

nécessitent une étude plus avancée plutôt que comme une théorie autonome du préjudice. Elle déclare en premier lieu que ses analyses économétriques constituaient un « *cadre économique rigoureux et standard* » et n'étaient pas utilisées indépendamment d'autres preuves qualitatives⁷⁰³. Elle a souligné en deuxième lieu que les arguments exposés des parties concernées reposent souvent sur la considération qu'aux fins de filtrage, les marges et les ratios de diversion, qui sont les principaux facteurs pour l'application des tests UPP simples, ne sont souvent pas estimés de manière très précise (par exemple, les ratios de diversion sont souvent supposés proportionnels aux parts de marché, des mesures très approximatives des marges comptables sont souvent utilisées plutôt que des mesures des marges économiques). Or, ces facteurs ont été validés par les analyses détaillées en Phase II qui sont allées au-delà de l'utilisation d'alternative disponible aux marges et ratios de diversion à des fins de pur filtrage⁷⁰⁴. La Commission a reconnu qu'une analyse UPP prévoit toujours une certaine augmentation des prix mais a estimé que l'ampleur de cette augmentation pourrait être utilisée comme l'un des éléments pertinents pour son évaluation globale de l'affaire⁷⁰⁵.

514. La décision de la Commission a fait l'objet d'un recours introduit par les parties concernées au Tribunal⁷⁰⁶ par lequel elles remettent en cause l'appréciation économique, en particulier celle des effets prévus sur les prix menée par la Commission. Il serait possible que celle-ci doive réviser son approche analytique une fois que le Tribunal aura rendu son jugement.

515. Conclusion du 1. Des analyses de ces deux décisions, deux enseignements se dégagent. En premier lieu, il apparaît que les tests UPPs sont admis dans la « *boîte à outils* » économiques de la Commission européenne et peuvent être utilisés dans les industries où les données fiables de commutation sont disponibles, à savoir l'industrie de télécommunications. En second lieu, contrairement à leur utilisation comme filtre initial dans l'analyse des fusions, la Commission les a employés en Phase II de ses investigations, en complément d'autres méthodes afin d'évaluer l'augmentation des prix post-fusion. Toutefois, le choix des marges appropriées et des données pour le calcul des ratios de diversion par la Commission en vue de mettre en œuvre des tests restent discutables.

⁷⁰³ *Id.*, Annexe A, paras. 247-248.

⁷⁰⁴ *Id.*, Annexe A, paras. 253-254.

⁷⁰⁵ *Id.*, Annexe A, para. 252.

⁷⁰⁶ Recours introduit le 25 juillet 2016, T-399/16, *CK Telecoms UK Investments c./Commission*.

516. En suivant la voie de la Commission, certaines autorités nationales de la concurrence ont également eu recours au concept de la pression à la hausse sur les prix dans leurs analyses de certaines fusions.

2. Au niveau national

517. Le Royaume-Uni est le premier pays de l'UE qui a adopté l'approche des tests de pression sur les prix dans l'analyse concurrentielle des opérations de concentration. Ces dernières années ont vu l'adoption de l'approche en France et en Suède. Alors que les tests sont utilisés pour la première fois par les autorités britanniques et françaises de la concurrence dans la Phase II de leur investigation, une fois le marché pertinent délimité, afin de renforcer la preuve de l'existence des risques concurrentiels, ils sont utilisés pour la première fois par les autorités suédoises de la concurrence dans la Phase I, en complément de la délimitation du marché pertinent. Depuis lors, l'utilisation de ces tests par les autorités nationales de la concurrence dans leur pratique décisionnelle évolue. Les analyses suivantes apportent des précisions de l'application des tests de pressions sur les prix et de l'évolution de l'approche respectivement en France (1), au Royaume-Uni (2) et en Suède (3).

a. En France

518. En France, les tests UPP ont été mis en œuvre pour la première fois en juillet 2012 par l'Autorité française de la concurrence (ADLC) dans sa décision *Castel/Patriarche*⁷⁰⁷. L'opération concerne l'acquisition par la société Castel Frères SAS de six sociétés du groupe Patriarche actives principalement dans la production de différentes catégories de vins tranquilles et effervescents. L'acquéreur, la société Castel Frères SAS, appartient au groupe Castel Frères présent en France et à l'étranger et ayant une activité principale de production, d'embouteillage et de commercialisation de différentes catégories de vins tranquilles français et étrangers. Ce groupe possède également différents vignobles et exerce une activité de distribution de vin au détail au travers notamment des enseignes Nicolas et du réseau Savour Club. Il est par ailleurs actif dans le secteur de la bière et des boissons gazeuses sur le continent africain.

⁷⁰⁷ Autorité de la concurrence, décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

519. Dans cette décision, les tests UPPs ne sont pas utilisés comme mécanisme de filtrage permettant à l'ADLC d'ouvrir une enquête plus approfondie en Phase II sans délimiter les marchés pertinents mais comme un outil fournissant, dans la Phase II de l'investigation, un éclairage complémentaire quant à l'effet unilatéral qui pourrait être généré par l'opération. Avant cette analyse d'effet, l'Autorité de la concurrence a ainsi procédé à l'étape première traditionnelle de la délimitation du marché pertinent. Les différents critères de segmentation⁷⁰⁸ l'ont conduite à déterminer un grand nombre de marchés pertinents mais l'essentiel de l'analyse des effets unilatéraux potentiels de l'autorité se concentre sur les marchés amont de l'approvisionnement en vins tranquilles de consommation courante. Plus précisément et en réponse aux différents types de vins proposés par les parties, l'ADLC a conclu que les effets de l'opération seraient analysés sur trois marchés de dimension nationale : le marché des vins effervescents, le marché des vins AOP Bourgogne et le marché de vins de consommation courante incluant les vins SIG et IGP⁷⁰⁹.

520. Après avoir délimité les marchés pertinents et les parts de marché des parties à l'opération calculées, l'ADLC procède à l'évaluation des effets de l'opération. En l'espèce, compte tenu des éléments relatifs aux marchés pertinents, l'autorité consacre l'essentiel de son analyse concurrentielle de l'opération aux effets horizontaux⁷¹⁰ et c'est là qu'elle a examiné le test de la pression à la hausse sur les prix. En effet, sur la base des données de l'étude Kantar, la partie notifiante a procédé au calcul des indices UPPs et fourni à l'autorité l'estimation des ratios de diversion concernant différents produits appartenant aux marchés concernés. Selon les calculs effectués par la partie notifiante, la nouvelle entité n'aurait aucune incitation à augmenter le prix des différents vins tranquilles de Castel et de Patriarche⁷¹¹. Dans des développements extrêmement clairs, l'ADLC a, d'une part, souligné les avantages que présente le test UPP et, d'autre part, critiqué les modalités de mise en œuvre du test effectué par la partie notifiante. Tout d'abord, l'autorité estime que les données utilisées pour estimer les ratios de diversion peuvent

⁷⁰⁸ *Id.*, paras. 9-71. L'ADLC a opéré une distinction entre la distribution de boissons destinées à la consommation hors domicile (circuit *on-trade*) et la distribution de boissons destinées à la consommation à domicile (circuit *off-trade*). Les vins sont catégorisés en vins tranquilles et vins effervescents. Au sein des vins tranquilles, une segmentation du marché peut encore être envisagée selon la couleur (rouge, blanc ou rosé), la catégorie de vin (Appellation d'Origine Protégée (AOP), Indication Géographique Protégée (IGP), Sans Indication Géographique (SIG)) et le positionnement des produits (vente en amont aux Grande et Moyenne Surface (GMS) ou vente en aval au consommateur final).

⁷⁰⁹ *Id.*, paras. 72-75.

⁷¹⁰ *Id.*, paras. 143 et 148. L'opération ne génère pas d'effets verticaux ou congloméraux.

⁷¹¹ *Id.*, para. 111.

ne pas être pertinentes, ce qui résulte à de faibles ratios de diversion entre les produits⁷¹². Deuxièmement, la méthode de calcul des UPPs utilisée par la partie notifiante ne tient compte que des gains d'efficacité affectant le produit étudié, ignorant ceux d'autres produits de la partie qui ont en revanche un impact sur l'incitation à augmenter les prix⁷¹³. Troisièmement, l'autorité pointe les imperfections de la méthode de détermination des intervalles de confiance associés aux ratios de diversion⁷¹⁴. En tenant compte de ces points et sur la base des données fournies par l'étude de la partie notifiante, l'ADLC a recalculé les indices qui donnent au résultat d'un UPP positif, signifiant que la nouvelle entité serait incitée à augmenter leurs prix⁷¹⁵. Cependant, elle souligne que dans la mesure où l'UPP recalculé reste très proche de zéro, la nouvelle entité n'aurait qu'une incitation faible à modifier les prix des produits Patriarche tant à la hausse qu'à la baisse⁷¹⁶.

521. Si un renseignement peut être retiré de cette première utilisation d'un test de pression à la hausse sur les prix par l'autorité française de la concurrence, c'est la reconnaissance par cette dernière de la recevabilité de ce type de test dans une opération de concentration. Les résultats quantitatifs obtenus de ces tests, compte tenu des limites méthodologiques liées principalement à la nature des données utilisées pour estimer les ratios de diversion ainsi que de la nature même du test, ne peuvent toutefois à eux seuls permettre de conclure sur les effets de l'opération et doivent être corroborés par d'autres éléments de nature plus qualitative⁷¹⁷.

522. Dans une autre affaire dans le secteur de vente au détail, l'ADLC a également examiné en Phase II l'utilisation du test GUPPI dans l'évaluation des effets unilatéraux. Dans sa décision *Casino/Monoprix*⁷¹⁸, la partie notifiante a soumis à l'autorité une étude calculant les indices bruts de pression à la hausse du prix de Monoprix et du groupe Casino à l'issue de l'opération dont elle déduit que le risque de hausse des prix de l'une ou de l'autre serait relativement faible. Dans son examen de l'étude fournie, l'ADLC a effectué des analyses beaucoup plus détaillées que celles dans sa décision précédente. Elle a critiqué, dans cette affaire également, la partie

⁷¹² *Id.*, paras. 113-117.

⁷¹³ *Id.*, para. 118.

⁷¹⁴ *Id.*, paras. 119-120.

⁷¹⁵ *Id.*, paras. 121-122.

⁷¹⁶ *Id.*, para. 122.

⁷¹⁷ *Id.*, para. 125.

⁷¹⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon.

notifiante d'avoir, d'une part, utilisé des données inappropriées qui sous-estiment significativement le ratio de diversion, conduisant ainsi à minorer le risque de la hausse de prix de l'entité nouvelle post-fusion, et d'autre part, effectué des calculs des GUPPI en basant sur des formules injustifiées conduisant à un GUPPI faible. En effet, l'ADLC a souligné premièrement que le modèle en vue de l'estimation de la fonction de demande pour déduire les ratios de diversion présenté par la partie notifiante ne focalise que sur le magasin fréquenté à titre principal sans tenir compte des phénomènes de report correspondant aux enseignes fréquentées à titre secondaire. Or, pour mesurer l'incitation à augmenter les prix, le taux de report pertinent n'est pas le taux de report en nombre de clients à titre principal, mais celui en chiffres d'affaires : c'est cet indicateur qui permet de calculer la valeur des ventes qui, en cas de hausse des prix, ne seront plus considérées comme perdues puisque, grâce à l'opération, elles seront transférées à une autre enseigne du groupe⁷¹⁹. Deuxièmement, la formule de calcul du GUPPI de Monoprix à Casino présentée a significativement sous-estimé l'incitation à augmenter les prix de l'enseigne Monoprix⁷²⁰. Deux facteurs relevés par l'ADLC viennent l'expliquer : l'absence de prise en compte des clients à titre secondaire de l'enseigne de Monoprix, dans le calcul du taux de report des clients de Monoprix vers Casino, et la division par deux des résultats du calcul de GUPPI censé tenir compte du contrôle conjoint de Casino sur Monoprix. Pour ce dernier facteur, l'ADLC a fait valoir qu'alors que Monoprix disposait, avant l'opération, d'un degré d'autonomie suffisant pour fixer ses prix indépendamment du groupe Casino et recherchait la maximisation de son profit individuel sans tenir compte de l'effet de ses décisions sur les profits de Casino, l'opération le conduirait nécessairement à prendre en compte l'effet de ses choix tarifaires sur les autres enseignes du groupe Casino et le soumettrait aux directives tarifaires du groupe. Il n'est donc pas justifié d'inclure un facteur $\frac{1}{2}$ dans le calcul de l'indice GUPPI Monoprix vers Casino comme dans le cas du GUPPI Casino vers Monoprix. Avec l'exclusion du facteur $\frac{1}{2}$ dans la formule de calcul, le $GUPPI_{Monoprix \rightarrow Casino}$ est de 5,8% – un degré beaucoup plus élevé que le GUPPI de 2,9% calculé par la partie notifiante. L'ADLC a souligné également qu'en réalité, cet indice $GUPPI_{Monoprix \rightarrow Casino}$ aurait une valeur supérieure à 6% du fait que le ratio de diversion

⁷¹⁹ *Id.*, para. 453.

⁷²⁰ *Id.*, para. 464. Les formules de calcul des indices GUPPI de Monoprix à Casino et de Casino à Monoprix présentées par la partie notifiante sont les suivants : $GUPPI_{M \rightarrow C} = \frac{1}{2} D_{M \rightarrow C} \cdot m_C \cdot \frac{PC}{PM}$; $GUPPI_{C \rightarrow M} = \frac{1}{2} D_{C \rightarrow M} \cdot m_M \cdot \frac{PM}{PC}$.

est significativement sous-estimé⁷²¹. Cela conduirait à un risque significatif de hausse des prix à l'issue de la concentration.

523. On peut conclure de ces deux affaires que l'autorité française de la concurrence manifeste son intérêt pour ces tests de pression à la hausse sur les prix lorsque son application est pertinente. Cet intérêt se voit d'ailleurs confirmé par la présentation de ces tests et un développement détaillé qui leur est consacré dans les Lignes directrices de l'ADLC relatives au contrôle des concentrations lors de leur révision en juillet 2013⁷²². Toutefois, il est bien souligné dans les Lignes directrices que les résultats obtenus de ces tests quantitatifs ne peuvent à eux seuls permettre à l'autorité de conclure sur les effets de l'opération et ne sont pas utilisés de façon mécanique pour exclure ou retenir l'existence de problèmes concurrentiels, et qu'ils doivent être mis en regard d'autres éléments d'analyse tels que la puissance d'achat des clients et l'importance des barrières à l'entrée⁷²³. Les tests entrent donc en droit français de la concurrence comme faisant partie d'un faisceau d'indices permettant d'apprécier la position des parties en complément à la délimitation du marché pertinent plutôt que comme un substitut à celle-ci⁷²⁴.

524. Sans être explicitement mentionnés dans les *Merger Assessment Guidelines*⁷²⁵, les tests de pression à la hausse sur les prix sont devenus de plus en plus courants dans l'analyse des opérations de concentration de l'autre côté de la Manche.

b. Au Royaume-Uni

525. Au Royaume-Uni, le test de pression sur les prix, plus précisément la variante IPR, a été utilisé pour la première fois en Phase II par la *Competition Commission* (CC) dans la

⁷²¹ *Id.*, para. 467.

⁷²² Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, révisées en juillet 2013, paras. 409 à 419, disponible sur le site http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf.

⁷²³ *Id.*, para. 420.

⁷²⁴ Le plus récemment, le test GUPPI a été examiné en phase II dans la décision de l'Autorité de la concurrence n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, disponible sur le site <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/16DCC111VNC.pdf>. La décision a fait l'objet d'un recours introduit par la société Beaugrenelle Patrimoine devant le Conseil d'État. Par arrêt du 4 avril 2018, le Conseil d'État a rejeté le recours.

⁷²⁵ Competition Commission & Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*, September 2010, disponible sur le site https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf (consulté le 1er octobre 2019).

concentration *Somerfield/ Morrison*⁷²⁶ en 2005. L'opération concerne l'acquisition par Somerfield, le cinquième plus grand groupe de supermarché au Royaume-Uni, de 115 épiceries de Morrison, le quatrième plus grand détaillant dans le domaine de l'épicerie.

526. Dans son rapport d'investigation sur l'opération, la CC a indiqué qu'elle ne cherchait pas à utiliser directement les tests pour prédire la hausse des prix post-concentration car ses préoccupations sont largement liées à une détérioration du PQRS (*price, quality, range, service*) au fil du temps, en raison de la réduction des contraintes concurrentielles, plutôt qu'à une augmentation des prix. Cependant, elle a considéré que cette approche fournissait des indications importantes sur la façon de combiner les données sur les marges et le ratio de diversion afin d'évaluer la réduction de contraintes concurrentielles dans différents magasins⁷²⁷. Ainsi, la CC procède aux étapes de l'analyse traditionnelle qui conduit premièrement à délimiter des marchés pertinents, puis à déterminer les parts de marché des parties prenantes à l'opération, et enfin à évaluer les effets concurrentiels de l'opération.

527. En l'espèce, les marchés concernés ont été délimités à l'aide du test SSNIP. La CC a distingué les marchés en plusieurs catégories en fonction de la taille de la surface (magasin unique (*one-stop shops*), magasin de taille moyenne (*mid-range stores*), commerce de proximité (*convenience stores*))⁷²⁸, des habitudes de faire les courses des consommateurs (fréquentation des magasins – les magasins fréquentés à titre principal et les magasins fréquentés à titre secondaire), et du temps du déplacement. À l'issue de ses analyses, la CC a considéré les magasins d'épicerie d'une surface supérieure à 280 m² fréquentés à titre secondaire d'une dimension locale comme constituant le marché pertinent.

528. Dans l'étape suivant consistant à l'évaluation des effets concurrentiels de l'opération, la CC souligne que sa première préoccupation dans cette opération consiste aux effets unilatéraux⁷²⁹. Pour cette évaluation, la CC déclare qu'en raison du fait que les magasins fusionnant et leurs concurrents sont très différenciés, tant dans la dimension de produit que dans la dimension géographique, une approche fondée sur l'analyse traditionnelle des parts de marché

⁷²⁶ Rapport de la *Competition Commission* du 2 septembre 2005, *Somerfield/Morrison*, « A Report on the acquisition by Somerfield plc of 115 stores from Wm Morrison Supermarkets plc ».

⁷²⁷ *Id.*, para. 7.5.

⁷²⁸ La surface de magasin unique, de magasin de moyenne taille et du commerce de proximité considérée est respectivement égale ou supérieure à 1400 m², entre 280 m² et 1400 m², et inférieure à 280 m².

⁷²⁹ Rapport de la *Competition Commission* du 2 septembre 2005, *op. cit.*

ne parviendrait pas à saisir les aspects qualitatifs importants de la manière dont fonctionne la concurrence⁷³⁰. Par conséquent, elle a opté pour une approche fondée sur le ratio de diversion qui, selon elle, pourrait mesurer l'effet unilatéral spécifique que conduirait chaque magasin fusionnant. En ce faisant, la CC se fonde sur les données de la marge brute et sur celles obtenues d'une enquête auprès des consommateurs, commandée auprès de l'agence NOP. Une centaine de consommateurs dans chacun des 56 magasins concernés, définis comme les lieux où des chevauchements importants se sont produits, ont répondu à l'enquête. La question posée était « si ce magasin n'existait pas, quel magasin auriez-vous choisi en remplacement ? ». Alors que Somerfield et la CC ont largement convenu qu'une telle approche pourrait être un moyen approprié pour encadrer l'analyse⁷³¹, l'étape suivante de l'analyse menée par la CC visant à interpréter l'indice IPR à un effet sur la concurrence était très controversée.

529. Pour chaque magasin de chevauchement, la CC calcule l'IPR en se reposant sur l'hypothèse que Somerfield fixe les prix dans chaque magasin en fonction de l'équation de *Lerner*⁷³² qui exige que la marge brute (en pourcentage) du magasin soit égale à l'inverse de l'élasticité-prix propre à la demande de ce magasin. Autrement dit, l'IPR a été calculé sur l'hypothèse d'une demande iso-élastique⁷³³. Dans son essence, la CC a conclu que tous les magasins fusionnants ayant des ratios de diversion supérieurs à 14,3% ont entraîné une hausse des prix de plus de 5% post-concentration. Par conséquent, 14,3% a été choisi comme seuil *de facto* pour la constatation d'une atteinte significative à la concurrence⁷³⁴. La méthode a résulté à une hausse de prix allant de 7% à 1,898% dans douze emplacements où a été constatée une réduction importante de la concurrence. Cette conclusion a tout de suite posé des doutes de la fiabilité du modèle théorique de la CC.

530. Tout d'abord, Somerfield a employé un système de tarification flexible avec lequel elle disposait d'une liberté suffisante pour tenir compte des différents niveaux de concurrence locale

⁷³⁰ *Id.*, Appendix D, pt. 3.

⁷³¹ L'estimation d'un ratio de diversion fiable n'est cependant pas une tâche simple. Un certain nombre de problèmes ont été soulevés dans l'affaire qui pourrait permettre de se demander si l'enquête menée par la CC a effectivement atteint cet objectif. Par exemple, la question posée par son enquête visait à estimer le ratio de diversion des consommateurs moyen alors que les effets unilatéraux dépendent du comportement des consommateurs marginaux.

⁷³² L'équation de *Lerner* implique que, par exemple, un magasin confronté à une élasticité-prix de la demande égale à 4 choisira de fixer un prix à une marge prix-coût de 25%.

⁷³³ Rapport de la *Competition Commission* du 2 septembre 2005, *op. cit.*, Appendix D, pt. 14.

⁷³⁴ Rapport de la *Competition Commission* du 2 septembre 2005, *op. cit.*, para. 7.12.

lors de la fixation des prix de chaque magasin. Une étude de prix-concentration menée par Somerfield dans l'ensemble de ses magasins existants a révélé une relation claire entre le niveau des prix et le degré de concentration. En effet, la comparaison des indices de prix a montré que Somerfield fixerait un prix inférieur à 1% dans les magasins de monopole local par rapport à dans les magasins qui sont confrontés à la concurrence exercée par trois autres magasins⁷³⁵. Pourtant, l'analyse empirique de la CC a plutôt porté sur la relation entre les marges des magasins et le niveau de concentration local. Bien qu'elle ait également constaté que la concentration avait statistiquement un impact significatif, elle a indiqué une augmentation de moins de 2% dans un lieu ou localité où il existe deux magasins concurrents que dans un lieu ou localité où Somerfield occupe le monopole⁷³⁶. Ainsi, selon l'étude de la CC fondée sur la marge-concentration, une concentration qui entraîne même à un monopole impliquerait une hausse des prix inférieure à 5% – le seuil que la CC a pris comme celui à partir duquel une atteinte significative à la concurrence peut être présumée. Cela montre que les effets de prix de monopole local sont bien en deçà des prédictions du modèle IPR utilisé par la CC. De tels résultats soulèvent de sérieuses questions quant à la fiabilité de ce modèle.

531. Deuxièmement, si on transforme la valeur du ratio de diversion en une part de marché, le résultat obtenu du modèle IPR apparaît peu fiable. Considérons l'exemple d'un marché de produits homogènes où sont présentes huit entreprises symétriques et dont chacune dispose d'une part de marché de 12,5%. Si une entreprise augmente ses prix, sa demande est supposée se déplacer proportionnellement vers les sept autres entreprises, ce qui implique un ratio de diversion de 14,3% – le seuil utilisé par la CC dans ses analyses. La CC a reconnu ce lien entre le ratio de diversion et la part de marché en cas de produits homogènes. Cependant, elle a fait valoir que la fusion de deux des huit entreprises symétriques créerait une part de marché de 25% – le seuil qui est compatible avec ses lignes directrices sur les fusions indiquant que les fusions entraînant à des parts de marché inférieures à 25% sont moins susceptibles de soulever des problèmes de concurrence⁷³⁷. Le problème ici réside dans le fait que la CC interprète tout ratio de diversion au-delà de 14,3% en une augmentation de prix de plus de 5%. Si ce seuil est interprété en termes de part de marché, cela implique clairement l'interdiction de toutes les

⁷³⁵ *Id.*, Appendix B.

⁷³⁶ *Id.*, Appendix B.

⁷³⁷ *Id.*, para. 7.12.

opérations réduisant le nombre d'entreprises de huit à sept, ce qui va à l'encontre de l'hypothèse du seuil de sensibilité qui est largement reconnue pour permettre à l'autorité de la concurrence de concentrer ses ressources sur les opérations susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels importants. En plus, la modalité utilisée par la CC dans l'application du modèle IPR montre également cette controverse. En effet, lorsque la CC identifiait, en Phase I, les 56 magasins de chevauchement soumis à l'analyse du ratio de diversion, les localités où il existait quatre magasins d'épicerie concurrents ou plus post-concentration n'étaient pas inclus dans l'analyse. Si cette Phase I avait pour but de déterminer tous les magasins concernés où il peut y avoir un problème de concurrence potentiel, il est implicite que les opérations réduisant le nombre d'entreprises de huit à sept, sept à six, six à cinq et cinq à quatre ne soient pas problématiques dans l'épicerie. Il s'agissait de l'approche précédemment adoptée par la CC dans l'affaire *Safeway*⁷³⁸.

532. Ces développements montrent que le modèle IPR appliqué par la CC dans cette affaire a échoué à évaluer les effets unilatéraux de l'opération. Quelle est alors la raison de cet échec ? Réside-t-il dans la théorie du modèle ou bien dans les modalités d'application ? Il apparaît que la réponse porte plutôt sur cette dernière. En effet, les problèmes spécifiques de la méthodologie de la CC découlent d'une dépendance excessive de l'approche de *Lerner*. Les hypothèses très restrictives sur lesquelles s'appuie le modèle provoquent le manque de sa robustesse et donc de sa fiabilité. Dans ses analyses, la CC suppose que les magasins augmentent leurs prix sans nécessiter de tenir compte des effets potentiels à long terme de la hausse des prix. La réaction potentielle des magasins concurrents et l'entrée potentielle de nouveaux magasins dans la localité qui sont des éléments empêchant les magasins en question d'augmenter leurs prix ne sont pas pris en considération par le modèle. En outre, la CC a choisi l'hypothèse que la courbe de la demande est iso-élastique alors que sa propre analyse montre que la courbe de la demande linéaire conduirait à une augmentation des prix inférieure au seuil de 5% dans six des douze localités où la concurrence est considérée comme étant considérablement affectée⁷³⁹. Lorsque de petites variations, particulièrement invérifiables, dans les hypothèses d'un modèle font une

⁷³⁸ Rapport de la CC du 26 septembre 2003, *Safeway/Asda*, « Safeway plc and Asda Group Limited (owned by Wal-Mart Stores Inc); Wm Morrison Supermarkets PLC; J Sainsbury plc; and Tesco plc: A report on the mergers in contemplation ».

⁷³⁹ Competition Commission, « A Report on the acquisition by Somerfield plc of 115 stores from Wm Morrison Supermarkets plc », 2 September 2005, Appendix E, Tableau 1.

grande différence dans les résultats, il devient particulièrement important que les anticipations obtenues du modèle soient confrontées autant que possible aux preuves empiriques. Rappelons ce principe de l'utilisation des modèles de simulation de fusions formulé par un groupe d'économistes très respectés des autorités américaines de la concurrence : « *Tout modèle utilisé pour prédire les effets d'une fusion doit correspondre aux faits de l'industrie en ce sens que le modèle explique raisonnablement bien les résultats passés du marché*⁷⁴⁰ ». Le modèle IPR appliqué par la CC dans cette affaire n'a manifestement pas répondu à cette condition.

533. Malgré le manque de robustesse, ce modèle IPR symétrique a continué à être fréquemment utilisé dans les décisions ultérieures de la CC et de l'OFT, notamment dans le secteur du commerce de détail⁷⁴¹. Ces dernières années, l'utilisation de l'IPR a évolué au Royaume-Uni. Dans certaines de ses décisions, les autorités de la concurrence ont adopté le modèle UPP qui est plus simple comme dans l'affaire *Zipcar/Streetcar*⁷⁴², ou le GUPPI comme dans l'affaire *Jewson/Build Center*⁷⁴³ alors que dans d'autres, elles ont appliqué l'IPR asymétrique plus sophistiqué comme dans l'affaire *Asda/Netto*⁷⁴⁴.

534. Conclusion du b. L'ensemble des analyses des décisions où les tests UPP ont été utilisés pour la première fois par les autorités française et britannique de la concurrence font apparaître une grande différence et un point commun important de l'approche des deux autorités à l'égard de ce type de tests : la différence consiste au fait que les tests sont appliqués à l'initiative de la CC alors qu'ils sont examinés par l'autorité française de la concurrence à la proposition de la partie notifiante. Cela montre une approche plus ouverte de la CC et ultérieurement de la CMA à l'égard de ces tests quantitatifs. Toutefois, dans toutes les deux premières décisions, les tests ne

⁷⁴⁰ G. J. WERDEN, L. M. FROEB & D. T. SCHEFFMAN, « A Daubert Discipline for Merger Simulation », *Antitrust*, vol. 18, n° 89, 2004, p. 89-95, spéc. p. 94. (nous traduisons).

⁷⁴¹ OFT *Somerfield/Co-operative*, ME/3777/08, 20 Oct. 2008 ; CMA, *Greene King/Spirit Pub*, 11 May 2015 ; CMA, « A report on the anticipated acquisition by Reckitt Benekiser Group plc of the K-Y brand » 12 August 2015 ; Competition Commission, « A report on the anticipated acquisition by AG Barr plc of Britvic plc by means of an all-share merger », 9 July 2013 ; CMA, *Lincolnshire Co-operative/Budgens in Holbeach*, ME/6476/14, 18 Dec. 2014 ; OFT, *Travis Perkins/BSS Group*, ME/4609/10, 10 Dec. 2010.

⁷⁴² Competition Commission, « A report on the completed merger between Zipcar, Inc and Streetcar Limited », 22 Dec. 2010.

⁷⁴³ OFT, *Jewson/Build Center*, ME/5252/11, 8 Feb. 2012. V. également CMA, *The Original Bowling Company/Bowlplex*, ME/6528/15, 17 August 2015 ; Competition Commission, « A report on the completed acquisition by Cineworld Group plc of City Screen Limited », 8 Oct. 2013 ; Competition Commission, « A report on the completed acquisition by Booker Group PLC of Makro Holding Limited », 19 April 2013 ; CMA, *MRH/Esso*, ME/6563/15, 26 Nov. 2015.

⁷⁴⁴ OFT, *Asda/Netto*, ME/4551/10, 23 September 2010.

sont pas perçus comme un filtre en Phase I de l'investigation mais comme un indice dans un faisceau d'indices permettant aux autorités de la concurrence de renforcer l'évaluation des effets unilatéraux en Phase II. Contrairement aux autorités française et britannique de la concurrence, la première utilisation du test a été mise en œuvre en Phase I par l'autorité suédoise de la concurrence dans une décision en 2011 – l'année précédant la première application du test par la Commission européenne dans la Phase II de la concentration *Hutchison 3G Austria/ Orange Austria*.

c. En Suède

535. En Suède, l'UPP a été utilisé pour la première fois en 2011 par la *Konkurrensverket*⁷⁴⁵ en Phase I de son investigation dans la concentration *Office Depot/Svanströms*⁷⁴⁶ actives dans la fourniture de bureau au détail. *Office Depot* dispose de 13 points de vente à travers la Suède dont 10 en métropole de Stockholm et *Svanströms* 41 points de vente dont 15 à Stockholm. Il est intéressant de noter que la *Konkurrensverket* utilise les deux tests GUPPI et IPR dans cette première décision.

536. Les tests UPP ont été effectués par la *Konkurrensverket* en Phase I en se fondant essentiellement sur les données de l'enquête consommateurs qu'elle avait réalisée sous la forme d'entretiens à la sortie de cinq des vingt-cinq points de vente d'*Office Depot* et de *Svanströms* situés en métropole de Stockholm⁷⁴⁷. Deux types de questions ont été utilisés : (i) question de la hausse hypothétique des prix (ex : Que feriez-vous si le prix du produit A augmente légèrement (5% - 10%) mais de façon permanente ?) et (ii) question du second choix (ex : Que feriez-vous si le produit A que vous venez d'acheter n'était pas disponible au magasin que vous venez de visiter ?). Selon le calcul de la *Konkurrensverket*, les ratios de diversion d'*Office Depot* vers *Svanströms* et vice-versa sont respectivement de 0.5 et de 0.3.

⁷⁴⁵ L'autorité suédoise de la concurrence. Son site web est <http://www.konkurrensverket.se>.

⁷⁴⁶ Décision de la *Konkurrensverket* du 18 fév. 2011, Dnr 42/2011, *Office Depot/Svanströms*.

⁷⁴⁷ La *Konkurrensverket* a expliqué le choix du mode d'enquête et du nombre de points de vente où l'enquête a été menée en raison du temps limite de l'investigation en Phase I (25 jours). Elle a également souligné que le calcul du ratio de diversion dans les 5 des 25 points de vente en question provoquerait une grande variation du ratio de diversion calculé entre les points de vente et que cette variation peut en partie s'expliquer par la localisation des points de vente des parties par rapport à celle de leurs concurrents. Par conséquent, la *Konkurrensverket* a décidé d'effectuer l'enquête à 3 points de vente de *Svanströms* et à 2 points de vente d'*Office Depot* puisque la valeur de vente du premier est plus élevé que celle du dernier.

537. Ensuite, en supposant que les marges soient de 40% et que les gains d'efficacité soient de 5%, la *Konkurrensverket* a calculé les GUPPIs qui sont égaux à 0.12 (*Office Depot*) et à 0.20 (*Svanströms*) ainsi que les IPR qui montrent une augmentation potentielle des prix d'*Office Depot* de 6% - 11% et de *Svanströms* de 15% - 20%⁷⁴⁸. Toutefois, la *Konkurrensverket* a constaté qu'il existait un certain nombre de fournisseurs de bureau actuels et potentiels en dehors du marché pertinent qui pourraient étendre facilement sa gamme de produits en cas d'augmentation significative des prix des parties fusionnant. Sur cette base, la concentration a été autorisée sans condition en Phase I.

538. Dans deux autres décisions rendues en même année, la *Konkurrensverket* a eu également recours aux tests UPP pour apprécier les effets unilatéraux qu'entraîneraient les opérations. Dans la concentration *Arla/Milko*⁷⁴⁹, elle a déclaré à l'issue de son investigation en Phase II que le test GUPPI avait montré que *Milko* et *Arla* exerçaient l'une sur l'autre une pression concurrentielle majeure dans une large gamme de produits et que l'opération entraînerait ainsi des effets unilatéraux au détriment à l'intérêt des consommateurs. L'opération a été finalement autorisée sous conditions. L'autre concentration *Eniro/Teleinfo*⁷⁵⁰ dont la décision a été rendue en décembre 2011, concerne deux opérateurs de services de renseignements téléphoniques. Ce qui est très intéressant dans cette affaire est que les tests UPP, GUPPI et IPR ont été utilisés par la *Konkurrensverket* comme moyen d'analyse principal pour évaluer les effets unilatéraux et que de plus, celle-ci s'est servie de l'UPP pour appliquer le test SSNIP en vue de la délimitation du marché pertinent. Sur la base des indices de pression à la hausse sur les prix mais aussi sur la preuve d'une substitution limitée des prix entre les services rivaux et des barrières à l'entrée élevés, elle a conclu que l'opération serait fortement susceptible de conduire à une augmentation des prix des services. Il s'agit de la seule décision jusqu'à présent où la *Konkurrensverket* cherchait à interdire la transaction en se fondant essentiellement sur la méthode UPP. Les parties concernées ont décidé d'abandonner l'opération avant que la *Konkurrensverket* présente son opposition au tribunal municipal de Stockholm pour en demander l'interdiction.

539. Depuis ces premières décisions, l'approche d'UPP est fréquemment utilisée par les autorités suédoises de la concurrence dans l'évaluation des effets unilatéraux des opérations de

⁷⁴⁸ A. BALTZOPOULOS, J. KIM & M. MANDORFF, « UPP Analysis in Five Recent Merger Cases », *Working Paper Series in Law and Economics*, Konkurrensverket, 2015.

⁷⁴⁹ Décision de la *Konkurrensverket* du 24 oct. 2011, Dnr 445/2011, *Arla/Milko*.

⁷⁵⁰ Décision de la *Konkurrensverket* du 1^{re} déc. 2011, Dnr 690/2011, *Eniro/Teleinfo*.

concentration⁷⁵¹. Est-il le signe d'un remplacement de la délimitation du marché pertinent par ces nouveaux outils d'analyses en matière de contrôle des concentrations en Suède ? Il apparaît qu'une telle perspective n'est pas celle actuellement adoptée par la *Konkurrensverket*. Bien que sa pratique décisionnelle montre un intérêt manifeste pour ce type d'outil, celui-ci apparaît dans chacune de ses décisions comme une démarche additionnelle ou complémentaire de la délimitation du marché pertinent. Les économistes de la *Konkurrensverket* ont eux-mêmes admis que certaines questions ne sont souvent pas résolues de manière convaincante dans un court laps de temps au cours d'un processus d'examen de concentration et que pourtant, les résultats obtenus des analyses de l'UPP ne sont utiles que lorsque les données sont appropriées et fiables à la mesure de véritables ratios de diversion et marges des entreprises concernées. En conclusion, ils estiment que les indices UPPs ne devraient pas se suffire à eux-mêmes mais doivent plutôt être complétés par autant de preuves aussi bien qualitatives que quantitatives.

540. Conclusion du 2. L'ensemble des exemples analysés conduit à deux constats. Le premier est l'ouverture des autorités nationales de la concurrence aux tests UPPs dans l'analyse des fusions. Que le degré de l'ouverture soit différent d'une autorité à l'autre, il est constaté que dans les conditions où les données sont appropriées et fiables, ces tests quantitatifs peuvent être recevables. En second lieu, il apparaît que les tests peuvent être utiles aussi bien en Phase I qu'en Phase II. Toutefois, la pratique décisionnelle des autorités montrent que dans aucune phase, ils sont perçus comme étant le seul outil devant être utilisé.

541. Conclusion du B. Les premières mises en œuvre d'un test de pression à la hausse sur les prix aussi bien au niveau européen qu'au niveau national sont emblématiques des vifs débats concernant la généralisation de ces tests. Si ces tests peuvent fournir dans certaines affaires un éclairage plus important que l'approche traditionnelle par les marchés pertinents quant à l'effet prévisionnel d'une fusion, ils ne semblent pas aujourd'hui être en mesure de se substituer à cette dernière dans toutes les autres affaires. En un mot, dans le contexte européen, les tests UPPs sont admis dans l'analyse des effets unilatéraux des fusions en tant qu'outil complémentaire des investigations plutôt en tant qu'alternatif à la délimitation du marché pertinent.

⁷⁵¹ Décisions de la *Konkurrensverket* du 3 fév. 2012, Dnr 841/2011, *Cloetta/Leaf* ; du 10 déc. 2012, Dnr 452/2012, *Akademibokhandeln/Bokia*.

542. Conclusion du §1. La pression sur les prix est un concept récemment utilisé des deux côtés de l'Atlantique. Il est doté d'un fondement intuitif clair et d'une base solide dans la théorie économique. Pourtant, l'approche de la pression sur les prix reste générale et l'analyse est de nature statistique, ce qui ne permet pas de fournir un certain éclairage sur l'effet escompté d'une fusion sur les prix. Par ailleurs, le concept étant relativement nouveau, la recherche empirique sur les indices de pression sur les prix reste limitée. Malgré cela, les aspects positifs des tests fondés sur le concept ont conduit les autorités européennes de la concurrence de les intégrer dans leur évaluation quantitative des fusions lorsque les opérations ont lieu sur les marchés de produits différenciés. Les décisions récentes montrent qu'alors que l'analyse UPP a été utilisée par la Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence dans certaines fusions, la délimitation du marché pertinent demeure l'approche adoptée dans presque tous les cas, y compris ceux dans lesquels les autorités ont finalement recours à des analyses de la pression sur les prix.

543. Transition. La remise en cause de la délimitation du marché pertinent est non seulement posée en matière de concentration mais a été également l'objet d'un vif débat parmi les autorités, les professionnels et les universitaires lors de la réforme substantielle de la Commission européenne relative à l'appréciation des pratiques abusives de position dominante.

§2. L'approche fondée sur les effets directs dans les affaires d'abus de position dominante

544. Dans le cadre de l'application de l'Article 102 TFUE, la délimitation du marché pertinent a deux objectifs : la détermination d'une position dominante et la qualification d'un abus. Pour certains types d'abus, la délimitation du marché sert à la fois à établir la position dominante et à qualifier l'abus. Pour certains d'autres, les juridictions européennes⁷⁵² ainsi que certaines juridictions nationales⁷⁵³ ont jugé qu'il fallait délimiter potentiellement le marché sur lequel il existe une position dominante et celui ou ceux sur lesquels a lieu l'abus. De même manière que pour les cas de concentrations, une voie alternative à l'approche traditionnelle de délimitation du

⁷⁵² Arrêt de la CJCE du 3 juill. 1991, *AKZO c./Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359, paras. 39-45; arrêts du TPICE du 1^{er} avril 1993, *BPB Industries & British Gypsum Ltd., c./Commission*, T-65/89, *Rec.* p. II-389, paras. 92-93; du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, para. 115.

⁷⁵³ Décision du Conseil de la concurrence du 14 mars 2007, n° 07-D-09, *Laboratoire GlaxoSmithKline France*. Pour le pourvoi, voir arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2009, n° 08-14.503, *Bull. civ. IV*, n° 39, D. 2009, p. 867. V. également Rapport annuel 2007 du Conseil de la Concurrence, p. 214; Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, p. 405.

marché a été suggérée pour les affaires d'abus de position dominante. Il s'agit d'une approche fondée sur « *des effets directs* » qui déduirait l'existence d'une position dominante à l'aide de preuves directes de comportements abusifs, sans avoir à effectuer la délimitation du marché et le calcul des parts de marché. Bien que cette approche soit qualifiée de convaincante d'un point de vue conceptuel, plusieurs questions concernant l'établissement de la preuve de l'abus sont posées (A). Dans le contexte européen où la régulation de la concurrence est de nature administrative, une telle approche qui omet la délimitation du marché pertinent n'est pas une solution pertinente (B).

A. *Les difficultés de l'établissement de la preuve de l'abus*

545. L'approche fondée sur les effets directs a été développée initialement aux États-Unis. Dans un rapport du Département de la Justice américain intitulé « *Competition and Monopoly: Single-Firm conduct under Section 2 of the Sherman Act* », publié en 2008, il est prononcé que « *s'il a été démontré que le comportement d'une société en position dominante a porté atteinte à la concurrence, il est possible de se reposer uniquement sur cette preuve et de se dispenser entièrement de définir un marché pertinent*⁷⁵⁴ ». La logique de l'approche consiste au fait que les preuves directes d'un comportement abusif suffisent à démontrer l'existence d'une position dominante sans avoir besoin de recourir aux informations sur la structure de marché (parts de marché). En réalité, cette approche avait été reconnue par les Cours américaines comme moyen de démonstration de la position dominante depuis les années 1990. En effet, dans une de ses décisions de 1995 en matière de monopolisation, la Cour d'Appel des États-Unis du Neuvième Circuit a déclaré que « *le pouvoir de marché peut être démontré par l'un des deux types de preuves. Un type de preuves est la preuve directe de l'exercice préjudiciable du pouvoir de marché. Si le demandeur fournit la preuve de production restreinte et de prix supra-concurrentiels, il s'agit d'une preuve directe de l'atteinte à la concurrence portée par l'entreprise ayant du pouvoir de marché et donc de l'existence actuelle d'un pouvoir de marché. Le type de preuves le plus commun est la preuve circonstancielle liée à la structure du marché*⁷⁵⁵ ». Ainsi, deux éléments sont considérés comme constituant les preuves directes : la

⁷⁵⁴ DOJ, « *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act* », 2008, disponible sur le site <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act>, p. 30 (consulté le 20 août 2018) (nous traduisons).

⁷⁵⁵ *Rebel Oil Co. Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F. 3d 1421, 1432 (9th Cir., 1995) (nous traduisons).

restriction de la production et la pratique d'un prix supra-concurrentiel. L'analyse de ces éléments n'est cependant pas précisée par la Cour parce qu'en l'espèce, la partie requérante Rebel a choisi de démontrer l'exercice du pouvoir de marché par la partie défendante ARCO avec les preuves indirectes, autrement dit avec l'approche traditionnelle. Les critères de preuve ne se limitent pas à ces deux éléments. Dans une autre décision plus récente, *Harrison Aire Inc., v. Aerostar International Inc.*⁷⁵⁶, la Cour d'Appel des États-Unis du Troisième Circuit considère les barrières à l'entrée élevées comme constituant un des critères de preuve en soulignant que « *le pouvoir de monopole peut être démontré soit par des preuves directes de prix supra-concurrentiels et des barrières à l'entrée élevées, soit par des preuves structurelles d'un marché monopolisé*⁷⁵⁷ ». L'approche fondée sur les effets directs est à maintes reprises mentionnée par la Cour⁷⁵⁸. Toutefois, elle n'a été dans aucune affaire utilisée comme moyen de démonstration de la monopolisation. La démonstration directe de la monopolisation dépend du fait que l'on puisse ou non établir la preuve de l'abus. Malgré leur reconnaissance de cette approche, les Cours des États-Unis ont à plusieurs occasions reconnu qu'étant donné que la preuve directe n'est que rarement disponible, elles examinent plus généralement la structure du marché pour établir les preuves du pouvoir de marché⁷⁵⁹. Les études économiques⁷⁶⁰ montrent que l'exercice d'un prix supra-concurrentiel (1), la restriction de la production (2) et les barrières à l'entrée élevées (3) sont les trois éléments considérés comme critères de preuve directe.

⁷⁵⁶ *Harrison Aire Inc. v. Aerostar International Inc.*, 423 F. 3d 374, 381 (3d Cir., 2005).

⁷⁵⁷ *Ibid.* (nous traduisons).

⁷⁵⁸ Voir *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 51 (D.C. Cir., 2001) ; *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F. 3d 297, 307 (3d Cir., 2007).

⁷⁵⁹ *Harrison Aire Inc. v. Aerostar International Inc.*, *op. cit.*

⁷⁶⁰ D. S. EVANS & A. J. PADILLA, « Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1, n° 97, 2005, p. 97-122 ; R. O'DONOGHUE & J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 1^{re} éd., 2006 ; M. MOTTA & A. DE STREEL, « Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law », in C-D. EHLERMANN & I. ATANASIU (dir.), *What is an Abuse of a Dominant Position, European Competition Law Annual 2003*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 91-125 ; D. GERADIN, « The Necessary Limits to the Control of "Excessive" Prices by Competition Authorities – A View from Europe », *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, 2007, disponible sur le site https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678 (consulté le 20 août 2018) ; L. H. RÖLLER, « Exploitative Abuses », in C. D. EHLERMANN & M. MARQUIS (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 525-532 ; A. FLETCHER & A. JARDINE, « Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing », in C. D. EHLERMANN & M. MARQUIS (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82 EC*, *id.*, p. 533-546 ; E. PAULIS, « Article 82 EC and Exploitative conduct », *id.*, p. 515-524.

1. Le prix supra-concurrentiel ou prix excessif⁷⁶¹

546. Le prix excessif est un concept utilisé pour établir un abus d'exploitation. Alors que le concept constitue la théorie du préjudice la plus controversée de la politique et du droit de la concurrence de la plupart des juridictions, ce que serait un prix excessif n'a jamais été résolu une fois pour toutes (a). L'absence d'une définition claire a provoqué l'incertitude pour savoir comment évaluer le caractère excessif du prix dans des cas concrets. D'un point de vue pratique, les entreprises en position dominante ont besoin de savoir jusqu'à quel point leurs prix peuvent être fixés légalement tandis que les autorités de concurrence doivent chercher à déterminer dans quelle mesure un prix est considéré comme excessif. La mise en évidence de l'excessivité du prix se révèle notoirement difficile, principalement en raison de la complexité inhérente au calcul de ce qui vaut à un prix déraisonnablement élevé (b).

a. La définition de prix excessif

547. En réalité, il n'existe pas de définition claire de prix excessif ni dans la théorie économique ni dans les textes juridiques européens. En terme économique, le prix excessif s'entend comme étant excessivement plus élevé que celui du niveau de prix concurrentiel à la suite de l'exercice du pouvoir de marché⁷⁶². Le prix concurrentiel avait été défini par la Commission européenne dans ses lignes directrices de 2000 sur les restrictions verticales comme étant le coût total moyen minimal⁷⁶³. Cette définition a été cependant supprimée dans ses lignes directrices les plus récentes sur les restrictions verticales de 2010⁷⁶⁴. Le niveau des prix est toujours variable et en fonction du modèle économique ainsi que du secteur examiné. Quel niveau de référence faut-il retenir alors ? Par ailleurs, il est souvent difficile de détecter, pour un marché donné, quel est le bon modèle qui s'applique. Les économistes sont assez démunis pour proposer un test économique pertinent et caractérisant un prix excessif. Malgré l'absence d'une

⁷⁶¹ Dans l'analyse concurrentielle, les termes de prix supra-concurrentiel et de prix excessif sont utilisés de manière interchangeable.

⁷⁶² Cette formulation plausible du prix excessif coïnciderait avec la définition économique du pouvoir de marché. V. également R. JOLIET, *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Liège, éd. Faculté de Droit de Liège, 1970, p. 243; S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, note 6-014, p. 237; R. O'DONOGHUE & J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2^e éd., 2013, chapitre 14.

⁷⁶³ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE C 291/01 du 13 oct. 2000, pt. 126.

⁷⁶⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/01 du 19 mai 2010, pt. 117.

définition de prix excessif, plusieurs méthodes d'appréciation de prix excessif ont été proposées et qui sont construites sur plusieurs sortes de critères.

b. Les méthodes d'appréciation de prix excessif

548. Les méthodes d'appréciation de prix excessif peuvent être classifiées en trois catégories: (i) analyse de la rentabilité, (ii) comparaison de prix-coût et (iii) comparaison de prix.

i. L'analyse de la rentabilité

549. L'analyse de la rentabilité est la méthode ayant la préférence et considérée comme la plus fiable et certaine⁷⁶⁵. Elle repose essentiellement sur les critères de coût et de rentabilité du capital. Selon cette approche, le prix d'une entreprise est considéré comme excessif si l'entreprise obtient des bénéfices supérieurs à ce qu'elle pourrait espérer gagner dans un marché concurrentiel identique, en d'autres termes, si le rendement du capital de l'entreprise en position dominante est supérieur à son coût moyen pondéré du capital (*weighted average cost of capital*). Pour effectuer l'analyse, il y a deux manières qui sont la méthode de calcul comptable et celle de calcul financier. Alors que la première méthode évalue la rentabilité à l'aune du rendement des capitaux employés (RCE), la seconde se fonde sur la valeur actuelle nette et le taux de rendement interne⁷⁶⁶. L'approche et les méthodes de calcul du rendement ont été adoptées par certaines autorités de concurrence dont les autorités de la concurrence britanniques⁷⁶⁷. Toutefois, même si la théorie économique de l'utilisation de l'analyse de la rentabilité était solide, les difficultés

⁷⁶⁵ OCDE, Prix excessif, DAF/COMP (2011)18 du 7 fév. 2012, disponible sur le site <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf> (consulté le 20 août 2018), p.18.

⁷⁶⁶ Pour les détails des méthodes de calcul, voir A. GREGORY, « Excessive Price and the Role of Profitability Analysis », in OCDE, *Prix excessif*, DAF/COMP (2011)18 du 7 fév. 2012, p. 389-404 ; W. J. BAUMÖL & D. G. SWANSON, « The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, n° 3, 2003, p. 661-685.

⁷⁶⁷ Cette approche est reflétée dans les lignes directrices. V. OFT, *Guideline on Assessment of Individual Agreements and Conduct*, n° 414, 1999, para. 2.23: « *La capacité d'une entreprise [...] à réaliser des rendements excessifs peut constituer la preuve qu'elle possède un certain pouvoir de marché* » (nous traduisons); Competition Commission, *Market Investigation References: Competition Commission Guidelines*, CC3, 2003, para. 3.82: « *Toutefois, une situation dans laquelle l'entreprise qui représente une partie importante du marché réalise les bénéfices excédant le coût du capital, de manière substantielle et persistante, pourrait être une indication d'un processus concurrentiel limité* » (nous traduisons); Competition Commission, *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*, 2013, paras. 115 et 118 : « [...] *En règle générale, la Commission de la concurrence calculera la rentabilité de l'activité commerciale en identifiant les revenus et les coûts correspondants, y compris la valeur appropriée du capital employé et l'allocation du coût du capital. [...] Toutefois, la situation, où la rentabilité de l'entreprise qui représente une partie substantielle du marché excède le coût du capital pendant une période prolongée, pourrait être une indication d'un processus concurrentiel limité* » (nous traduisons).

pratiques de cette analyse sont considérables et insurmontables dans la majorité des cas. En effet, la notion de coût en économie est significativement différente de celle de la comptabilité. Celle-ci ne reflète souvent pas les coûts économiques de production de biens et de services de l'entreprise, les taux de rendement comptable diffèrent par conséquent souvent de vrais taux de rentabilité économique⁷⁶⁸. En outre, la plupart des entreprises sont des entreprises multi-produits et opérant dans plusieurs zones géographiques. L'existence des coûts partagés (coûts communs) entre différents produits ou entre différentes zones rend difficile la mesure de rentabilité d'un produit particulier ou d'une zone particulière parce que cette mesure exige qu'une proportion des coûts communs lui soit affectée. Or, la procédure d'allocation sera très controversée car, d'un point de vue économique, il n'existe pas de « bon » moyen unique d'allocation des coûts communs⁷⁶⁹. De même, la mesure et l'interprétation du coût du capital pose également les mêmes difficultés pratiques. Une entreprise peut avoir de nombreux investissements dans plusieurs produits et des marchés géographiques différents. Le coût estimatif du capital est donc le rendement moyen attendu de tous les investissements de l'entreprise. La difficulté réside dans l'allocation du rendement requis pour un projet particulier sur un marché de produit ou un marché géographique particulier qui dépend d'ailleurs des caractéristiques des risques particulières du marché. Par ailleurs, les règles comptables ne tiennent pas compte des risques des investissements⁷⁷⁰, de la capitalisation de la R&D ainsi que de l'inflation⁷⁷¹.

550. Pour toutes ces raisons, *inter alia*, l'analyse de la rentabilité est, d'un point de vue économétrique, extrêmement difficile et risque d'être, d'un point de vue pratique, impossible à réaliser pour toute affaire complexe. Elle exige non seulement des analyses sophistiquées, du temps et des données qui ne sont pas toujours disponibles mais elle risque aussi d'être très trompeuse. Analyser la rentabilité pour apprécier les prix excessifs n'est donc pas une méthode

⁷⁶⁸ V. G. J. BENSTON, « Accounting Numbers and Economic Values », *Antitrust Bulletin*, vol. 27, issue 1, 1982, p. 161-215; F. M. FISHER & J. J. MCGOWAN, « On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits », *The American Economic Review*, vol. 73, n° 1, 1983, p. 82-97.

⁷⁶⁹ R. LIND & M. WALKER, « The (Mis)use of Profitability Analysis in Competition Law Cases », *ECLR*, vol. 25, issue 7, 2004, p. 439-466, spéc. p. 443.

⁷⁷⁰ Les entreprises qui prennent des risques importants en investissant dans des projets avec des rendements très incertains ne le font pas dans l'espoir qu'elles obtiendront, si le projet s'avère être un succès, un rendement égal à leur coût du capital. Au contraire, ils investissent dans l'espoir qu'ils pourraient bien perdre tout leur investissement, mais qu'elles gagneront, si l'investissement s'avère être un succès, largement au-delà de leur investissement initial. Ceci est particulièrement typique dans les industries dynamiques et dans le secteur financier.

⁷⁷¹ Gerald L. SALAMON, « Accounting Rates of Return », *The American Economic Review*, vol. 75, n° 3, 1985, p. 495-504.

pertinente à l'appréciation directe de la position dominante d'une entreprise. Le projet de lignes directrices de l'OFT sur l'évaluation des pratiques d'entreprises a même reconnu qu'« *il est improbable d'évaluer qu'une entreprise en position dominante pratique des prix excessifs uniquement sur la preuve d'une rentabilité supra normale. L'analyse prend généralement en compte d'autres indicateurs, tels que la comparaison entre prix et coûts [...]»*⁷⁷² ». Une deuxième option pour mesurer le caractère excessif du prix consiste à comparer le prix et les coûts.

ii. La comparaison de prix-coût

551. La comparaison entre prix et coûts demeure l'outil de filtrage le plus fondamental pour les affaires relatives à la pratique de prix excessifs. Elle consiste à comparer le prix exercé par l'entreprise en position dominante avec le coût de production du produit afin de générer l'indication de la marge bénéficiaire qui sert à l'évaluation du caractère excessif du prix.

552. La mesure de la marge bénéficiaire tourne autour des notions de coût dont le coût marginal (CM), le coût total moyen (CTM), le coût variable moyen (CVM), le coût fixe moyen (CFM), le coût moyen à court terme (CMCT) et le coût moyen à long terme (CMLT). Bien que ces notions soient bien définies en théorie économique⁷⁷³, il n'en demeure pas moins que le calcul des marges bénéficiaires peut s'avérer très complexe dans la pratique, voire irréalisable. La comparaison entre prix et coûts présente deux difficultés majeures. Premièrement, il s'agit de la difficulté de calcul du coût de production du produit en question en présence des coûts communs. Cette difficulté est la même que celle de la mesure de rentabilité. Les coûts communs peuvent être relatifs à des investissements à long terme, des structures d'entreprise complexes, la vente d'un ensemble de produits, des innovations permettant de réduire les dépenses et des droits de propriété intellectuelle. Alors que la Cour de Justice a reconnu la difficulté du calcul du coût de production⁷⁷⁴, la Commission européenne n'a effectué l'analyse de coût que dans une⁷⁷⁵ des six affaires en matière de prix excessif jusqu'à présent. Certains économistes⁷⁷⁶ suggèrent qu'une

⁷⁷² OFT, Guideline on Assessment of Conduct - Draft Competition Law Guideline for Consultation, n° 414a, 2004, para. 2.15.

⁷⁷³ J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, préc., 1988; D. CARLTON & J. M. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, préc.

⁷⁷⁴ V. *infra*, n° 569.

⁷⁷⁵ Décision de la Commission du 23 juill. 2004, COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige c./Port of Helsingborg*. Pour les détails, v. *infra*, n° 570.

⁷⁷⁶ R. O'DONOGHUE & J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 1^{re} éd., 2006, n° 614. Cette référence de coûts est bien exposée dans la Communication de la Commission – Orientations

référence de coût approprié pourrait être le coût moyen incrémental de long terme (*Long-Run Average Incremental Cost – LRAIC*) qui s'entend comme la totalité des coûts nécessaires pour l'entrée sur un marché et le lancement d'un produit ou service, en moyenne sur la production totale. Par cette méthode, seuls les coûts imputables au produit concerné sont pris en compte. Certains d'autres⁷⁷⁷ proposent que la mesure du coût pertinent soit le coût prospectif évitable (*forward-looking avoidable cost*) qui s'entend être le coût qu'un entrant hypothétique éviterait en n'entrant pas sur le marché.

553. Même si, lorsqu'une méthode appropriée de comparaison de prix-coût peut être identifiée, la détermination de ce qui constitue une marge bénéficiaire excessive reste problématique. En effet, les marges bénéficiaires varient considérablement d'une industrie à l'autre. Dans les marchés statiques, il est possible d'observer les marges bénéficiaires étant même faibles. En revanche, les marges bénéficiaires dans les marchés dynamiques ne peuvent être souvent observées que lorsqu'elles sont beaucoup plus importantes, parfois supérieures à 1000 %⁷⁷⁸. La question est de savoir quel est le seuil au-dessus duquel la marge bénéficiaire devient excessive. Alors que la méthode est théoriquement bien fondée, aucun seuil n'a été proposé par les économistes. Nous verrons dans les analyses ultérieures⁷⁷⁹ que la Commission européenne et la Cour de Justice ont omis de quantifier ce seuil en se contentant d'indiquer que les entreprises dominantes ne seront sanctionnées que lorsque leurs marges bénéficiaires sont exorbitantes. Quantifier le seuil de la marge bénéficiaire excessive n'est pas chose aisée et les juridictions européennes avaient bien raison de l'omettre. Par ailleurs, il convient de rappeler que la marge bénéficiaire excessive se sert de l'indication du caractère excessif du prix, la différence de ces deux évaluations n'est pourtant pas claire.

554. Alors la démarche de comparaison de prix-coût s'avère là encore inapplicable, il reste encore une autre possibilité d'appréciation du prix excessif qui est la comparaison directe des prix.

sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45/7 du 24 fév. 2009, para. 26.

⁷⁷⁷ P. FERNANDES, « On Exploitative Excessive Pricing under EC Law », *Reckon Working Paper*, Autoridade da Concorrência, Lisbon, 9 janv. 2006.

⁷⁷⁸ Dans les marchés dynamiques, l'innovation constitue un facteur clé de compétitivité pour les entreprises et le marché est caractérisé par de lourds investissements risqués. Par conséquent, le prix devra être fixé à un niveau significativement supérieur aux coûts marginaux afin de financer les investissements initiaux et de compenser le risque associé.

⁷⁷⁹ V. *infra*, n° 569 et s.

iii. La comparaison de prix

555. Une première méthode de comparaison directe de prix consiste à comparer les prix de l'entreprise concernée avec ceux pratiqués par ses concurrents sur le même marché⁷⁸⁰. Le recours à cette méthode n'est pas sans problèmes. Premièrement, la différence des prix peut s'expliquer par les différentes stratégies de prix. Deuxièmement, elle peut simplement refléter les variations de qualité des produits – il est normal que les meilleurs produits se vendent à un prix plus élevé⁷⁸¹. Dernièrement, la présence de concurrents peut suggérer que le marché en question n'est pas soumis à des barrières à l'entrée insurmontables⁷⁸².

556. Une autre possibilité de comparaison de prix est la comparaison de prix du produit en cause pratiqué dans différentes zones géographiques. Là encore, un certain nombre de problèmes fait que la méthode est inappropriée pour déduire le caractère excessif d'une politique de prix. En effet, le fait qu'une entreprise en position dominante est empêchée de pratiquer dans certains marchés des prix plus élevés que dans d'autres équivaldrait à interdire la discrimination géographique par les prix, ce qui peut conduire à des conséquences distributives indésirables⁷⁸³. De plus, l'idée de base sur laquelle repose la comparaison géographique consiste à examiner deux marchés géographiques suffisamment comparables pour pouvoir y comparer les prix et en déduire le caractère excessif du prix. L'analyse doit montrer que les prix exercés dans les zones différentes sont à la fois rentables et discriminatoires afin de prétendre que l'un d'entre eux est excessif. Or, il n'est pas facile de trouver des marchés géographiques comparables auxquels se référer car les coûts et les prix d'un produit ou d'un service peuvent être directement liés à des obligations réglementaires, les niveaux de revenu général des clients sont différents, ou encore le

⁷⁸⁰ Voir R. O'DONOGHUE & J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, *op.cit.*, n° 616.

⁷⁸¹ V. *supra*, n° 350.

⁷⁸² V. *infra*, n° 106 et s.

⁷⁸³ W. BISHOP, « Price Discrimination under Article 86: Political Economy in the European Court », *The Modern Law Review*, vol. 44, issue 3, 1981, p. 282-295, spéc. p. 288-289. V. également D. GERADIN, « The Necessary Limits to the Control of "Excessive" Prices by Competition Authorities – A View from Europe », *op. cit.*, p. 12: « Lorsqu'une firme vend un produit ou un service à des prix différents en fonction des conditions de la demande dans des pays différents, l'obligation d'exercer un prix uniforme aura généralement des conséquences distributives négatives dans les pays où les prix sont bas. En effet, le prix uniforme sera certainement plus élevé que ce que les consommateurs auraient été facturés en l'absence d'une telle obligation. Par conséquent, une tarification uniforme obligatoire entraînera le transfert de richesse des consommateurs (généralement pauvres) dans les pays à bas prix vers les consommateurs (généralement riche) dans les pays à prix élevés. Pire encore, la firme en cause peut simplement décider de ne plus servir les consommateurs dans les pays à bas prix et de se concentrer sur ceux dans les pays à prix élevés » (nous traduisons).

pouvoir d'achat des consommateurs est hétérogène. Par ailleurs, l'entreprise peut appliquer la stratégie dite prix de pénétration afin de stimuler les ventes d'un même produit n'ayant pas encore été accepté par les consommateurs sur un marché. Les prix pour un même produit d'une entreprise peuvent alors varier selon les marchés géographiques. Le nombre de facteurs à prendre en compte afin d'assurer la pertinence analytique des comparaisons de prix géographiques rend difficile leur application dans la pratique bien qu'elles soient théoriquement attrayantes.

557. Il existe, complémentirement à ces deux méthodes, une autre dite comparaison dans le temps. La méthode examine l'évolution dans le temps des prix de l'entreprise en cause. Dans certains cas, l'analyse des prix historiques peut s'avérer utile. Dans la plupart des cas, il est difficile d'effectuer une telle analyse car une augmentation des prix pendant une certaine période peut être due à une augmentation des prix des intrants, aux changements des conditions du marché et aux changements du niveau de la demande pour le produit concerné.

558. Conclusion du 1. Il existe un lien direct entre la question de la dominance et les effets de son exploitation sur le marché. La coïncidence de ce qui s'entend comme prix excessif avec la définition du pouvoir de marché fait que la constitution de ce premier comme preuve directe d'un abus n'est pas discutable. Mais les méthodes permettant la caractérisation du caractère excessif du prix que proposent les économistes conduisent à des incertitudes, voire sont inapplicables dans un certain nombre de cas. Les méthodes exposées dans les développements précédents, même si les extrêmes difficultés de leur mise en œuvre sont surmontées, peuvent conduire à la conclusion que les prix ne sont excessifs que si la marge bénéficiaire est excessive et que ce n'est pas le résultat d'une efficacité supérieure mais de l'exercice d'un pouvoir de marché durable. Toutefois, elles ne permettent pas de répondre à la question centrale de savoir à quel point la marge bénéficiaire ou le prix doit être jugé excessif, la question dont la réponse est décisive de la conclusion de l'existence d'un abus de position dominante.

559. Il existe un autre type de preuve directe d'un abus : la capacité de l'entreprise en cause de restreindre son niveau de production afin d'augmenter le prix.

2. La restriction de la production

560. La restriction de la production a pour but de limiter ou de réduire la quantité de produits fournis à des clients ou des groupes de clients spécifiques afin de créer une rareté artificielle sur

le marché et finalement d'augmenter les prix du produit concerné. Selon la théorie économique, on pourrait dire que l'entreprise détenant une position dominante abuse de cette position lorsqu'elle fixe un niveau de production inférieur à celui qui serait fixé dans un marché concurrentiel. En se fondant sur l'approche des effets directs, un abus de position dominante est établi sans que la position dominante soit démontrée lorsque la preuve de la restriction de la production est apportée. Pourtant, aucune méthode précise n'est proposée pour déterminer si une entreprise limite son niveau de production et si cette limitation traduit un abus. En pratique, les autorités de concurrence n'ont pas de moyens pour effectuer une telle analyse directe et sont donc obligées de trouver d'autres moyens, moins parfaits mais réalisables, pour apprécier la restriction de la production et ainsi le comportement abusif de l'entreprise.

561. En réalité, il est difficile de déterminer quelle doit être la quantité de la production produite par une entreprise en position dominante de manière qu'elle ne porte pas préjudice aux consommateurs et ne constitue donc pas un abus au sens de l'Article 102 (b) TFUE. La jurisprudence européenne en matière de restriction de la production est rare. Les quelques affaires montrent qu'il n'existe pas de critère unique pour déterminer ce seuil de quantité de la production. Deux critères sont souvent examinés par la Commission et la CJUE: (i) si la cesse de fournir un produit ou un service que l'entreprise en cause fournissait auparavant porte préjudice aux consommateurs et n'est justifiée par aucun objectif commercial raisonnable, et (ii) si la production produite par l'entreprise concernée laisse insatisfait un nombre important de la demande. Dans l'affaire *British Leyland*⁷⁸⁴, British Leyland n'a pas pu avancer de justification commerciale pour sa décision de laisser expirer les certificats pour les voitures à conduite à gauche qu'elle avait accordés dans le passé parce que la motivation principale était d'exclure du marché britannique des importations parallèles. La CJEU a considéré que ce comportement de British Leyland constituait un abus de position dominante au sens de restriction de la production visée à l'Article 102 (b) TFUE. La Commission européenne a estimé, en examinant le deuxième critère dans l'affaire *International Group of P&I Club*⁷⁸⁵, que l'IGPI, qui couvre environ 90% du marché de l'assurance maritime de la responsabilité civile, a abusé de sa position dominante en n'offrant qu'un seul niveau de couverture d'assurance, laissant ainsi une part très substantielle de

⁷⁸⁴ Arrêt de la CJCE du 11 nov. 1986, *British Leyland Public Limited Company c./Commission*, C-226/84, Rec. p.3263, paras. 12-21.

⁷⁸⁵ Décision de la commission du 12 avril 1999, IV/D-1/30.373 et IV/D-1/37.143, *P&I Club*, JOCE L 125 du 19 mai 1999.

la demande insatisfaite⁷⁸⁶. Il convient de noter que dans ces deux affaires, toutes ces évaluations d'abus ont été menées après que la position dominante des entreprises concernées avait été démontrée. Il s'agit également de la démarche entreprise par la Commission et les juridictions européennes dans leur pratique jurisprudentielle en la matière.

562. Il est nécessaire de noter que la preuve de l'exercice d'un prix excessif ou de la restriction du niveau de production n'est pas suffisante pour déduire l'existence d'un abus. Il faut que cette preuve soit cumulée avec la preuve des barrières élevées à l'entrée sur le marché.

3. Les barrières fortes et durables à l'entrée

563. Comme nous avons vu dans le premier chapitre, les barrières à l'entrée constituent la source principale de pouvoir de marché. Aucune entreprise ne peut détenir un pouvoir de marché durable, si un ou plusieurs nouveaux concurrents peuvent facilement entrer sur le marché. Parmi les types de barrières à l'entrée, la présence de fortes barrières structurelles durables à l'entrée est réputée être le principale critère justifiant l'existence d'un abus dans le cas des pratiques de prix excessifs⁷⁸⁷.

564. L'appréciation des barrières à l'entrée en tant qu'éléments de preuve étant bien détaillée dans le chapitre 1⁷⁸⁸, il n'est pas nécessaire que d'autres analyses soient menées dans le cadre de ce développement.

565. Conclusion du A. Les analyses qui précèdent exposent les trois types de preuves étant considérées par l'approche des effets directs comme preuves permettant de déduire directement un comportement abusif de position dominante. Pour le premier type de preuve – le prix excessif – plusieurs méthodes d'analyse portant sur la rentabilité et des comparaisons de prix-coûts sont proposées pour démontrer le caractère excessif du prix. Pourtant, compte tenu des extrêmes difficultés inhérentes aux méthodes et des conséquences sérieuses potentielles d'une qualification erronée de l'excessivité du prix, ces méthodes ne s'avèrent pas fiables. Pour le deuxième type de preuve – la restriction de la production – aucune méthode n'a été proposée pour déterminer si une

⁷⁸⁶ *Id.*, pt. 128.

⁷⁸⁷ D. S. EVANS & A. J. PADILLA, « Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules », *Journal of Competition Law and Economics*, préc. ; M. MOTTA & A. DE STREEL, « Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law », in C-D. EHLERMANN & I. ATANASIU (dir.), *What is an Abuse of a Dominant Position, European Competition Law Annual 2003*, préc.

⁷⁸⁸ V. *supra*, n° 106 et s.

limitation du niveau de production traduit un abus de position dominante. Pour le troisième type de preuve – les barrières à l'entrée – ce sont de fortes barrières structurelles durables à l'entrée qui sont réputées être la principale preuve justifiant l'existence de l'abus. Or, leur évaluation n'est effectuée qu'une fois le marché pertinent délimité. Il convient d'indiquer par ailleurs que toutes les méthodes d'évaluation de prix présentant d'extrêmes difficultés, on propose de les appliquer toutes ou le plus grand nombre possible d'entre elle dans chaque cas d'affaire concret. L'application de toutes ces méthodes demande certainement une grande ressource et un temps considérable alors qu'elles ne permettraient pas d'aboutir à une évaluation correcte. On se demande alors quel est l'intérêt de remplacer par cette nouvelle approche des effets directs l'approche traditionnelle de la délimitation du marché pertinent et de la détermination de la dominance avec laquelle les juridictions et les entreprises sont déjà familières. Cette question est d'autant plus importante dans le contexte européen où la régulation de la concurrence est plutôt administrative. La Commission et les juridictions européennes ne se sont pas appuyées sur des preuves directes seulement mais les utilisent en complément de la délimitation du marché et de la détermination de la dominance pour évaluer les effets d'une pratique.

B. Le contexte européen

566. De l'autre côté de l'Atlantique, l'approche fondée sur les effets directs a été proposée de manière plus officielle à la Commission européenne pour la première fois en 2005 par le groupe consultatif économique pour la politique de concurrence (EAGCP). L'approche suggérée par ce groupe omettrait également l'étape de délimitation du marché dans l'analyse car l'existence d'une position dominante serait déduite de preuves directes d'un abus. Il est bien souligné dans le rapport du groupe que *« si une approche par les effets fait état de manière cohérente et vérifiable d'une atteinte notable à la concurrence, cela constitue en soi une preuve de position dominante. Les méthodes traditionnelles employées pour établir l'existence d'une "position dominante" à l'aide d'informations sur la structure de marché ne peuvent servir qu'à estimer la "position dominante" proprement dite, c'est-à-dire la capacité à exercer un pouvoir et à imposer un comportement abusif aux autres acteurs du marché. Si une approche fondée sur les effets apporte la preuve d'un abus qui ne serait possible sans position dominante, la position dominante ne devrait pas avoir à être démontrée par quelque autre moyen distinct – en*

*l'absence de démonstration distincte de la position dominante, on peut toutefois exiger que l'abus soit clairement établi en observant des critères de preuve très rigoureux*⁷⁸⁹ ».

567. Cette approche propose d'intégrer l'appréciation de la position dominante dans la procédure visant à établir l'atteinte à la concurrence. En d'autres termes, cela reviendrait à réunir au sein d'une seule et même méthode les deux étapes que sont la délimitation du marché pertinent pour déterminer l'existence d'une position dominante et l'évaluation des effets anticoncurrentiels d'une pratique. Bien qu'une plus grande attention soit accordée par le droit européen aux abus d'exclusion (1) qu'aux abus d'exploitation (2), nous examinerons dans les analyses suivantes les types de preuves étant proposées comme preuve directe de tous les deux types d'abus.

1. Les preuves directes d'un abus d'exploitation

568. La fixation d'un prix de monopole ou de quasi-monopole est en général considérée comme l'argument le plus clair d'un abus de position dominante. L'article 102 (a) TFUE dispose que l'entreprise abuse de sa position dominante si elle impose de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables⁷⁹⁰. Le terme « *non équitables* » est interprété par la Cour de Justice et la Commission européenne comme s'appliquant aux prix excessifs⁷⁹¹. D'un point de vue conceptuel, la question, se posant et faisant l'objet d'un long débat entre les décideurs politiques, les universitaires et les tribunaux, est de savoir ce qui constitue un *prix excessif*. D'un point de vue pratique, la question est de savoir comment les autorités de concurrence et les juridictions pourraient distinguer un prix concurrentiel d'un prix excessif, autrement dit dans quelle mesure un prix est considéré comme excessif. Après plus de trente ans d'application de l'Article 102 TFUE avec un certain nombre d'affaires limitées de prix excessif, des réponses qui sont suffisamment prévisibles et concrètes à

⁷⁸⁹ J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT & R. STENBACKA, « An Economic Approach to Article 82 », *Rapport du groupe consultatif économique pour la politique de concurrence*, p. 14, disponible sur le site http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (consulté le 2 septembre 2018).

⁷⁹⁰ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), Article 102 (b).

⁷⁹¹ Voir arrêts de la CJCE du 18 février 1971, *Sirena Srl c./ Eda Srl et a.*, C-40/70, *Rec.* p. 69, pt. 17; du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, C-27/76, *Rec.* p. I-207, pt. 250; du 4 mai 1988, *Corinne Bodson c./SA Pompes funèbres des régions libérées*, C-30/87, *Rec.* p. I-1479, pt. 30; décisions de la Commission du 25 juill. 2001, COMP/36.915, *British Post Office c./Deutsche Post AG*, JOCE L 331 du 15 déc. 2001, pts. 155-167; du 23 juill. 2004, COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige AB c./Port of Helsingborg* et *Sundbusserne AS c./ Port of Helsingborg*, pts. 98-103 et Annexe 3.

ces deux questions sont toujours recherchées. Dans leur pratique décisionnelle et jurisprudentielle, la Commission et les juridictions européennes ont recours à diverses méthodes pour apprécier le prix excessif (a). Ces méthodes révèlent cependant le problème fondamental de l'objectivité et de l'efficacité dans l'application des règles de droit de la concurrence et ne peuvent constituer l'outil fiable pour une évaluation directe d'un abus d'exploitation (b).

a. Les méthodes d'appréciation de prix excessif utilisées dans la jurisprudence européenne

569. L'éventualité que les prix excessifs soient considérés comme pratique abusive a été évoquée depuis les années 1970⁷⁹² mais ce n'est qu'à l'occasion de l'affaire *United Brands* que les méthodes d'appréciation de prix excessif ont été un peu plus précisées. Dans cet arrêt *United Brands*, la Cour de Justice a considéré qu'il existait un abus de position dominante si l'entreprise en position dominante fixe un prix excessif au sens où il est sans rapport raisonnable avec la *valeur économique* du bien fourni⁷⁹³. Pour le démontrer, la Cour a examiné tout d'abord si l'écart entre les coûts réels et les prix effectivement pratiqués est abusif. Si c'est le cas, elle détermine ensuite le caractère excessif des prix, en tant que tels ou par comparaison avec les produits concurrents. Sur la base de ce principe, la Cour a annulé la décision de la Commission relative aux prix non équitables pour insuffisance de preuves. La Cour critique premièrement que la Commission n'a pas calculé les coûts de production de bananes alors que c'était réalisable comme cela ressort de l'étude de la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement⁷⁹⁴. La Commission n'a même pas demandé à UBC de fournir ses données sur les coûts. La Cour considère deuxièmement que l'utilisation du prix irlandais comme référence était critiquable car il n'était pas clair si ce prix était rentable⁷⁹⁵. Elle juge troisièmement qu'une différence de 7% avec les concurrents principaux ne pouvait pas être automatiquement considérée comme excessive⁷⁹⁶. Bien que les méthodes d'analyse de rentabilité et de

⁷⁹² Arrêts de la CJCE du 18 fév. 1971, *Sirena Srl c./Eda Srl e.a.*, C-40/70, *Rec.* p. 69, pt. 17; du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c./Metro*, C-78/70, *Rec.* p. 487, pt. 19; du 13 nov. 1975, *General Motors Continental NV c./Commission*, C-26/75, *Rec.* p. 1367, pt. 16.

⁷⁹³ Décision de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, C-27/76, *op.cit.*, pt. 250.

⁷⁹⁴ *Id.*, pts. 254-255.

⁷⁹⁵ *Id.*, pts. 259-262.

⁷⁹⁶ *Id.*, pt. 266.

comparaison de prix soient utilisées dans cet arrêt, la Cour restait très ouverte quant au choix de la méthode de détermination des prix excessifs⁷⁹⁷.

570. Suivant la voie de la Cour, la Commission européenne a adopté dans l'affaire *Port de Helsingborg*⁷⁹⁸ l'approche de la relation entre le prix et la valeur économique du produit ou du service et a procédé à l'analyse de prix excessif en deux étapes. Elle a donc, dans la première étape, cherché à déterminer les coûts réellement encourus par le Port de Helsingborg (ci-après "Port") pour la fourniture des services en question (les coûts de production) et fait une comparaison avec les prix réellement pratiqués. Elle a, dans la deuxième étape, évalué si les prix sont inéquitables par rapport aux prix pratiqués par le Port à d'autres utilisateurs ou par d'autres ports, ou s'ils sont excessifs en tant que tels. Si le calcul des coûts de production d'United Brands était jugé faisable, la Commission européenne a eu beaucoup de difficultés dans le calcul de ces coûts du Port à cause de l'absence d'une ventilation réaliste de ses coûts alloués aux exploitants de transbordeurs. En effet, la plupart des coûts du Port sont des coûts indirects qui ont dû être répartis entre différentes catégories d'utilisateurs. Par ailleurs, la plupart de ces coûts indirects sont des coûts fixes alors que les coûts variables sont proportionnellement très bas⁷⁹⁹. La Commission souligne elle-même qu'il n'était pas possible de déterminer avec certitude tous les coûts encourus et que l'allocation des coûts qu'elle a faite n'était qu'approximative⁸⁰⁰. Il ressort de cette analyse de coût-prix que les opérations de ferry génèrent des bénéfices alors qu'en général, les autres opérations du Port génèrent des pertes⁸⁰¹. Dans la comparaison de prix des opérations de ferry appliqués aux autres utilisateurs ou appliqués par d'autres ports, il existe là encore de grandes difficultés, notamment parce que les services fournis aux utilisateurs différents au Port de Helsingborg ou aux autres ports ne sont pas comparables ou parce qu'une comparaison directe des différents systèmes de prix n'est pas chose simple⁸⁰². Malgré ces difficultés, la Commission a

⁷⁹⁷ *Id.*, pt. 253: « il peut être conçu d'autres méthodes – et la doctrine économique ne s'est pas fait faute d'en concevoir plusieurs – pour dégager les critères du prix inéquitable d'un produit ».

⁷⁹⁸ Décision de la commission du 23 juill. 2004, COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige AB c./Port of Helsingborg*, appel en instance devant le Tribunal de l'Union européenne (T-399/04, JOCE C 6/40, 2005). V. également décision de la commission du 23 juill. 2004, *Sundbusserne c./Port of Helsingborg*, COMP/A.36.570/D3.

⁷⁹⁹ *Id.*, pt. 118.

⁸⁰⁰ *Id.*, pt. 117.

⁸⁰¹ *Id.*, pt. 122.

⁸⁰² La Commission a expliqué qu'en l'espèce, il n'était pas possible de tirer la conclusion des comparaisons avec d'autres ports en ce qui concerne le niveau de leurs redevances respectives pour des raisons suivantes : (i) chaque port a établi son propre système de tarification spécifique ; (ii) la plupart des propriétaires de traversiers avaient des accords individuels avec le port en question en vertu desquels ils payaient moins que ce qui est indiqué dans le tarif officiel sur lequel une comparaison serait fondée ; (iii) la liste des services fournis dans le cadre des redevances

cherché à effectuer de telles comparaisons qui l'ont conduite à la conclusion qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour conclure que les redevances portuaires appliqués par le Port aux transbordeurs seraient excessives par rapport à celles appliquées par le Port aux autres utilisateurs ou par d'autres ports⁸⁰³.

571. Ce qui est marquant dans cette décision de la Commission est son appréciation de ce qui constitue la valeur économique d'un produit ou service – notion qui a été avancée par la CJUE mais qui n'a pas été jusque là définie par celle-ci. La Commission considère en effet que *"la valeur économique doit être déterminée en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce et prendre en compte également les éléments non liés au coût, comme la demande du bien ou service"*⁸⁰⁴. Selon cette considération, il est nécessaire de prendre en compte d'autres particularités du produit ou du service dans l'analyse et de les utiliser pour justifier le caractère excessif du prix. En l'espèce, la Commission estime que *« le fait que les services portuaires soient assurés à cet endroit particulier permet aux passagers comme aux exploitants de transbordeurs de traverser rapidement le détroit d'Øresund, ce qui est en soi appréciable, crée et soutient la demande sur ce marché en aval (le marché des services de transport par transbordeurs) comme sur le marché en amont (le marché des prestataires de services portuaires aux exploitants de transbordeurs). Les exploitants de transbordeurs tirent avantage de cet excellent emplacement du Port de Helsingborg. Cela représente une valeur intangible en soi qui doit être prise en compte dans l'évaluation de la valeur économique des services fournis par HHAB et qui ne reflète pas dans les coûts réellement encourus par celle-ci*⁸⁰⁵ ». Il ressort des analyses de la Commission européenne que l'appréciation du prix excessif doit alors prendre en compte à la fois les aspects de l'offre et de la demande. L'examen des aspects de l'offre, dans un premier temps qui s'effectue par la comparaison de prix-coût, vise à établir l'existence de prix excessifs. L'examen des aspects de la demande dans un second temps vise à mettre en évidence les particularités du produit ou du service qui présentent un avantage pour les consommateurs et

portuaires variait d'un port à l'autre et (iv) chaque port différerait substantiellement des autres en termes d'activités, de la taille des actifs et des investissements, du niveau de revenus et de coûts de chaque activité, voir décision de la commission du 23 juill. 2004, *Scandlines Sverige AB c./Port of Helsingborg*, *op. cit.*, pt. 162.

⁸⁰³ *Id.*, pts. 180 et 207.

⁸⁰⁴ *Id.*, pt. 232.

⁸⁰⁵ *Id.*, pts. 234, 235 et 242.

qui peuvent justifier le caractère excessif du prix⁸⁰⁶. Ainsi, ces particularités du produit ou du service, qui n'entraînent pas nécessairement des coûts de production plus élevés, peuvent constituer une raison valable de pratiquer un prix plus élevé. La Commission a ainsi conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves démontrant que les prix élevés pratiqués par le Port de Helsingborg n'ont pas de lien raisonnable avec la valeur économique du service fourni et ainsi ne peuvent être qualifiés d'excessifs.

572. Dans l'arrêt le plus récent en la matière rendu par la CJUE en septembre 2017, AKKA/LAA⁸⁰⁷, il était attendu que soient données des indications plus claires sur le concept de prix excessif et des clarifications des méthodes utilisées pour déterminer le caractère excessif du prix. L'affaire concernait l'organisme de gestion collective lettone des droits d'auteur d'œuvres musicales AKKA/LAA ayant le monopole légal de la délivrance de licences pour la communication au public des œuvres musicales. L'autorité de la concurrence lettone a affirmé que l'AKKA/LAA avait abusé de sa position dominante en imposant des tarifs excessifs aux clients en Lettonie. Cette allégation était fondée sur une comparaison avec des tarifs équivalents dans les pays voisins (Lituanie et Estonie) où les tarifs étaient plus bas. La Cour suprême de Lettonie a fait un renvoi préliminaire à la CJUE sollicitant des conseils sur plusieurs aspects de la méthode de prix excessif. Deux questions clé se sont posées : (i) comment effectuer une comparaison des prix entre les États membres afin de créer un point de référence permettant de comparer le prix prétendument excessif (établissement du prix de référence), (ii) quand la différence entre le prix prétendument excessif et l'indice de référence est-elle suffisamment appréciable pour indiquer une tarification excessive et comment cette présomption peut-elle être réfutée (établir si un prix élevé est excessif). Pour la première question concernant l'établissement d'un prix de référence, la Cour a estimé, d'une part, que le nombre d'États membres pris pour la comparaison ne constituait pas l'élément pour déterminer la suffisance de la représentation de cette dernière à condition que les États membres de référence soient sélectionnés selon des critères *objectifs, appropriés et vérifiables* et que *l'indice de la parité du*

⁸⁰⁶ *Id.*, pt. 227: « Le côté de la demande est important principalement parce que les clients sont notamment disposés à payer plus pour ce qui est de spécifique attaché au produit/service qu'ils considèrent comme valable. Cette particularité n'implique pas nécessairement des coûts de production plus élevés pour le fournisseur. Cependant, elle est précieuse tant pour le client que pour le fournisseur et augmente ainsi la valeur du produit/service » (nous traduisons).

⁸⁰⁷ Arrêt de la CJUE du 14 sept. 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c./ Konkurences padome*, C-177/16 (pas encore publié).

*pouvoir d'achat*⁸⁰⁸ (l'indice PPA) soit incorporé dans la comparaison⁸⁰⁹. Elle indique que les critères de sélection des États membres de référence peuvent inclure également les habitudes de consommation et d'autres éléments économiques et socioculturels tels que le produit intérieur brut par habitant (PIB) et le patrimoine culturel et historique⁸¹⁰. Cela suggère que les critères de sélection disponibles pour les autorités de régulation soient assez larges. Cependant, la Cour n'a pas donné d'exemples des types de facteurs qui pourraient être pris en considération. Les critères objectifs, appropriés et tous vérifiables semblent adéquats et logiques mais il n'est pas sûr qu'ils offrent des indications pratiques car ils se prêtent à l'interprétation et à la manipulation, de nombreux éléments différents et des résultats divergents pouvant être considérés comme couverts par ceux-ci. D'autre part, la Cour juge qu'il est possible d'établir la comparaison sur un ou plusieurs segments spécifiques s'il existe des indices que le caractère excessif éventuel des redevances porte sur lesdits segments⁸¹¹. Alors que la Cour note qu'il incombe à l'autorité de renvoi d'effectuer cette comparaison, la référence faite par cette première aux « indices » dans un segment particulier soulève plus de questions que de réponses : dans quelles mesures ces indices doivent-ils être soutenus ? Comment s'il y a des preuves contredisant ces indices ? Quelle est la marge de manœuvre de l'autorité de la concurrence ? Pour ce point, l'approche de l'Avocat général estimant que la comparaison doit s'effectuer en fonction du marché pertinent⁸¹² est non seulement plus claire mais elle permet sans doute de procéder à une analyse plus rigoureuse.

573. Si les réponses de la Cour ont largement du sens en soi, dans le contexte du cas d'espèce, elle a évité de répondre à un certain nombre de questions fondamentales sur les méthodes des prix excessifs. En particulier, elle souligne en reconnaissant l'opinion de l'Avocat général Nils

⁸⁰⁸ La théorie de la Parité du Pouvoir d'Achat a été développée par l'économiste suédois Gustave CASSEL dans les années 1920. Les PPA sont des prix relatifs, ou autrement dit des rapports de prix en monnaie nationale d'un même bien ou service dans différents pays. Les PPA permettent la production d'indicateurs significatifs (en termes de prix ou de volume) requis pour effectuer des comparaisons entre des pays. Voir A. POSE, « La théorie de la parité des pouvoirs d'achat et les faits », *Revue d'économie politique*, vol. 40, n° 4, 1926, p. 987-1013; J. DRUNAT, G. DUFRENOT & L. MATHIEU, « Les théories explicatives du taux de change : de Cassel au début des années quatre-vingt », *Revue française d'économie*, vol. 9, n° 3, 1994, p. 53-111; P. SCHREYER & F. KOEHLIN, « Parités de pouvoir d'achat : mesure et utilisations », *Cahiers statistiques de l'OCDE*, n° 3, mars 2002. Il est important de noter que selon les termes de la Cour de Justice, l'indice PPA constitue désormais non seulement un critère *approprié* mais aussi *obligatoire* pour la comparaison bien qu'il reste incertain si le résultat de cette évaluation est probant ou suffisant ou non.

⁸⁰⁹ Arrêt de la CJUE du 14 sept. 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c./ Konkurences padome*, *op. cit.*, paras. 41 et 45.

⁸¹⁰ *Id.*, para. 42.

⁸¹¹ *Id.*, para. 50.

⁸¹² Conclusions de l'Avocat général M. N. WAHL présentées le 6 avril 2017, C-177/16, pt. 99.

WAHL qu'une méthode adéquate unique n'existe pas mais qu'il existe plusieurs méthodes dont la combinaison est nécessairement examinée. Pourtant, elle est silencieuse quant à l'établissement des priorités des méthodes. Quels sont les critères d'applicabilité des différentes méthodes ? Ou sont toutes appropriées dans tous les cas ? Quelle est la méthode prioritaire si les résultats sont contradictoires ? etc.

574. Passant à la seconde question concernant le seuil à partir duquel un prix élevé est qualifié d'excessif, la CJUE juge qu'il n'existe pas de seuil minimal à partir duquel un tarif doit être qualifié de sensiblement plus élevé étant donné que les circonstances propres à chaque espèce sont déterminantes. En adoptant l'approche de l'Avocat général WAHL, la Cour souligne qu'il existe deux critères pour établir qu'une différence de prix est appréciable et donc indicative d'un abus : la différence doit être *significative* et *persistante*⁸¹³. En d'autres termes, le prix pratiqué par l'entreprise concernée doit se situer de manière significative et constante au-dessus du prix de référence pendant une période importante. Or, les prix élevés ne peuvent persister que sur les marchés où les barrières à l'entrée sont élevées, ce qui n'est évalué qu'une fois le marché pertinent déterminé⁸¹⁴. Il convient de souligner que l'appréciation de la CJUE utilisant ces deux critères soulève les questions de savoir quelle durée constitue une période importante ? Quelle durée est considérée comme temporaire ? Questions auxquelles la CJUE n'a pas porté de précisions.

575. Par cet arrêt, la précision la plus précieuse apportée par la CJUE en matière de prix excessif est de juger qu'un prix peut être qualifié d'excessif si l'écart de prix est significatif et persistant. À d'autres égards, en évitant toute déclaration de principes plus large en matière de prix excessif, la CJUE laisse ouvertes un certain nombre de questions cruciales quant aux circonstances dans lesquelles les prix élevés sont abusifs et aux clarifications des méthodes d'appréciation.

576. Conclusion du a. La Commission européenne a recours à plusieurs méthodes pour l'évaluation de prix excessif. Étant donné qu'aucune méthode n'est parfaite, il est suggéré de combiner plusieurs méthodes parmi celles qui sont admises par la doctrine économique

⁸¹³ Arrêt de la CJUE du 14 sept. 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c./ Konkurences padome*, *op.cit.*, para. 55.

⁸¹⁴ V. *supra*, n° 106 et s.

autorisée⁸¹⁵. Toutefois, les indications pratiques limitées, associées aux extrêmes difficultés que présente chacune des méthodes, ne permettent pas d'assurer l'objectivité et l'efficacité de l'évaluation. Les analyses suivantes montreront, d'une part, que les méthodes de comparaison de prix, de prix-coûts ou d'analyse de rentabilité, si elles sont employées seules, ne permettent pas d'aboutir à un résultat fiable du caractère excessif du prix. Elles feront apparaître, d'autre part, que la mise en œuvre de ces méthodes ne peut s'effectuer que dans un marché préalablement délimité.

b. L'impossibilité d'établir des preuves directes

577. L'utilisation des méthodes de comparaison de prix, de prix-coûts ou d'analyse de rentabilité admises par la doctrine économique n'est fiable et objective que si les réponses aux trois questions sont apportées : quelle mesure de prix et de bénéfice doit être utilisée dans la comparaison ? Quel comparateur doit être pris en considération ? et quel est le seuil critique de la différence des prix ? Or, il existe, pour trouver des réponses satisfaisantes, les difficultés qui sont insurmontables et d'ailleurs reconnues tant par la CJUE, les juristes que par les économistes. La spécification de la mesure de prix et de bénéfice appropriée est extrêmement complexe, voire impossible, puisque les coûts à prendre en considération ne sont pas connus, particulièrement en présence des coûts communs. La CJUE l'a bien reconnue dans *United Brands* en déclarant que « *les difficultés non négligeables et quelquefois très grandes d'établissement d'un prix de revient qui peut comporter parfois une répartition discrétionnaire des coûts indirects et des frais généraux et qui peut présenter d'importantes différenciations selon l'importance de l'entreprise, son objet, sa complexité, son étendue territoriale, l'unicité ou la diversité de ses fabrications, le nombre de ses filiales et leur imbrication*⁸¹⁶ ». L'identification d'un comparateur approprié n'est toujours pas faisable en raison des différences des conditions de marché et des caractéristiques des produits affectant la validité des comparaisons. La détermination du seuil critique de la différence des prix, afin de qualifier le caractère excessif du prix, apparaît la plus controversée. Un seuil critique ne traduit le caractère excessif du prix que si la différence des prix provoque la réduction de l'efficacité statique et dynamique du marché au détriment des consommateurs, c'est-à-dire lorsque l'écart des prix que les consommateurs doivent payer pour le produit ou le

⁸¹⁵ Conclusions de l'Avocat général M. N. WAHL présentées le 6 avril 2017, C-177/16, pt. 43.

⁸¹⁶ Arrêt de la CJCE du 14 fév. 1978, *United Brands c./Commission*, préc., attendu 254.

service concerné porte atteinte à leur intérêt. Après des décennies d'application du droit de la concurrence et même avec l'évolution de la science économique, il est clair qu'il n'existe pas de moyen de fixer un seuil critique tout en assurant l'objectivité et l'efficacité. Sauf dans les cas où les preuves d'un prix excessif sont indéniablement claires⁸¹⁷, toute fixation d'un seuil au-delà duquel un prix est qualifié d'excessif sera arbitraire et trompeuse. Échouer à satisfaire ces trois conditions risque de conduire à une appréciation erronée de l'excessivité d'un prix et à une détermination d'un abus de position dominante incorrecte.

578. Il convient de rappeler que l'approche des effets directs vise à déterminer directement un abus par les effets anticoncurrentiels causés par les pratiques d'entreprise. Or, même si les méthodes d'analyse de rentabilité et de comparaison sont pratiquement réalisables, leur mise en œuvre ne peut s'effectuer que sur un marché défini. En effet, il est clair que toute étude analysant la rentabilité doit soigneusement prendre en compte la situation concurrentielle en général dont l'évaluation est faite sur un marché concerné⁸¹⁸. Par ailleurs, le calcul de la rentabilité reposant sur la notion de coût et de rentabilité du capital exige, *inter alia*, les informations du rendement de tout marché. Celui-ci s'entend le marché concerné sur lequel sont générées les informations de l'entreprise en cause et de ses concurrents aux fins du calcul. La nécessité de la délimitation du marché pertinent s'avère évidente pour mettre en œuvre les méthodes de comparaisons de prix vu que ces méthodes cherchent à comparer le prix pratiqué par l'entreprise en cause avec celui pratiqué par les autres entreprises offrant le même produit et/ou sur d'autres marchés géographiques. Dans toutes les affaires de la jurisprudence européenne en la matière, le marché pertinent est délimité avant qu'un abus ne soit établi. Les notions de prix, de bénéfice et de coût ainsi que les seuils critiques étant des notions purement économiques, il serait impossible de savoir quelle(s) méthode(s) est (sont) appliquée(s) avant que les faits en l'espèce soient exposés. Par conséquent, ces méthodes ne devraient être appliquées qu'au cas par cas et ne peuvent pas servir à évaluer de manière directe un abus de position dominante sans qu'il soit besoin de la délimitation du marché pertinent, laquelle s'applique de manière systématique en droit européen. Enfin, la théorie économique nous enseigne qu'une simple comparaison des prix ne devrait pas suffire à prouver une pratique abusive. Elle doit toujours être complétée par une évaluation

⁸¹⁷ V. *infra*, n° 653 et s.

⁸¹⁸ D. HEGER & K. KRAFT, « Barriers to entry and Profitability », *ZEW Discussion Papers*, n° 08-071, Center for European Economic Research, 2008.

détaillée des caractéristiques du marché et une analyse économique approfondie de la logique anticoncurrentielle expliquant la divergence des prix⁸¹⁹. De telles évaluation et analyse nécessitent bien que le marché soit délimité.

579. Conclusion du 1. Toutes les méthodes exposées précédemment sont utilisées par la Commission et les juges depuis leurs premières affaires mais sans que soit mise en évidence la priorité des méthodes. Alors que leur robustesse demeure discutable, chacune présente des difficultés pratiques insurmontables. La jurisprudence européenne et les doctrines en la matière montrent qu'il n'existe pas de moyen d'appliquer ces méthodes pour évaluer directement des effets d'une pratique de prix excessif tout en assurant l'objectivité et la certitude juridique si ces méthodes sont utilisées seules. Dans toutes leurs six affaires jusqu'à présent, la CJUE et la Commission européenne procèdent à la délimitation du marché pertinent avant d'apprécier le caractère excessif du prix. La mise en œuvre des méthodes exige par ailleurs les données qui ne sont fournies qu'une fois le marché en cause défini. Il est nécessaire de souligner que l'approche traditionnelle de deux étapes que sont la délimitation du marché pertinent pour déterminer l'existence d'une position dominante et l'évaluation des effets d'un abus, bien qu'elle ne permette pas de répondre suffisamment aux questions cruciales que pose l'évaluation d'un prix excessif, fournit le cadre et le fondement pour une telle évaluation. Cette première étape de délimitation du marché ne peut être omise que s'il n'y a pas de question sur le comportement abusif de l'entreprise en cause⁸²⁰.

580. Alors qu'un abus d'exploitation, précisément la pratique de prix excessif, peut avoir finalement un effet d'exclusion et que la distinction entre l'abus d'exploitation et l'abus d'exclusion n'est pas toujours claire, ce dernier attire beaucoup plus d'attention et constitue la matière pour laquelle la Commission européenne investit principalement ses sources. La question de l'évaluation directe des effets d'un abus d'éviction a fait l'objet de vives discussions en Europe, particulièrement à l'issue d'un rapport soumis à la Commission européenne par le Groupe consultatif économique pour la politique de concurrence en 2005.

⁸¹⁹ M. MOTTA & A. DE STREEL, « Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law », in C-D. EHLERMANN & Isabel ATANASIU (dir.), *What is an Abuse of a Dominant Position*, *op. cit.*, spéc. p. 113.

⁸²⁰ V. *infra*, n° 653 et s.

2. Les preuves directes d'un abus d'exclusion

581. Après la première annonce des réflexions de la Commission européenne sur une révision de sa doctrine concernant l'application de l'article 82 CE lors d'un colloque de l'Institut européen de Florence en 2003⁸²¹, le groupe consultatif économique pour la politique de concurrence a réalisé un rapport en faveur de l'analyse économique de l'article 82 CE (a). Certes, le but affiché de cette revue de la Commission était d'insuffler davantage d'analyse économique dans la mise en œuvre de l'article 82 CE mais une approche utilisant des outils économiques pour évaluer un abus de position dominante sans déterminer la position dominante, et donc le marché en cause, aurait, à part des difficultés intrinsèques, des répercussions d'ordre tant technique que politique (b). Ces répercussions ont mis en doute une totale adoption d'une approche fondée sur les effets directs par la Commission européenne. Sa pratique décisionnelle et la jurisprudence récente des juridictions européennes montrent que l'approche traditionnelle de l'appréciation d'un abus de position dominante demeure pertinente dans le contexte européen et qu'une approche fondée sur les effets directs dans le sens d'une *américanisation* de la politique de la concurrence européenne n'est que partiellement adoptée (c).

a. Le rapport « An economic approach to Article 82 » de l'EAGCP

582. Dans son rapport intitulé « *An Economic Approach to Article 82* », l'EAGCP a proposé des analyses vers une méthode d'évaluation directe des effets anticoncurrentiels d'un abus d'exclusion par des outils économiques. Contrairement à l'approche traditionnelle se concentrant sur l'appréciation de la restriction de la concurrence afin de qualifier l'abus d'une pratique, la nouvelle approche évalue une pratique abusive en se fondant sur le bien-être du consommateur. En effet, les économistes de l'EAGCP font valoir que l'objectif final de la politique de concurrence est la satisfaction des besoins du consommateur et qu'une approche économique de l'article 82 met l'accent sur l'amélioration du bien-être de celui-ci⁸²². Ils postulent que toute pratique, quelle que soit la position de l'entreprise en cause vis-à-vis de ses concurrents, est susceptible de produire des effets à la fois pro-et anticoncurrentiels et que l'évaluation des effets anticoncurrentiels dépendra du fait que la pratique améliore ou réduit le bien-être du

⁸²¹ C-D. EHLERMANN & I. ATANASIU (dir.), *What is an abuse of dominant position?*, *European Competition Law Annual 2003*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁸²² J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT & R. STENBACKA, « An Economic Approach to Article 82 », *Rapport du groupe consultatif économique pour la politique de concurrence*, *op. cit.*, p. 2.

consommateur. En conséquence, une pratique ne sera qualifiée d'abusives que lorsque ses effets dans son ensemble portent clairement préjudice aux consommateurs.

583. Avec l'évaluation directe des effets anticoncurrentiels et de leur impact sur le bien-être du consommateur, l'EAGCP estime qu'il n'est pas nécessaire que soit effectuée l'évaluation préliminaire et distincte de l'existence d'une position dominante⁸²³. La notion de dominance traditionnelle étant une notion clé et ancrée dans la jurisprudence européenne ne serait alors plus utile et il est proposé de la remplacer par la notion de « pouvoir de marché substantiel ». La nouvelle approche s'articule sur trois concepts principaux qui sont le pouvoir de marché substantiel, le bien-être du consommateur et l'effet anticoncurrentiel. Le pouvoir de marché substantiel est évalué, selon la définition économique de la notion⁸²⁴, par la capacité de l'entreprise d'augmenter ses prix ou de diminuer son volume de production de manière rentable, ce qui affecte le bien-être du consommateur. Celui-ci constitue la référence pour déterminer si une pratique produit des effets anticoncurrentiels et doit être qualifiée d'abusives. D'une manière plus précise, le pouvoir de marché substantiel et les effets anticoncurrentiels seront évalués en même temps au regard du bien-être du consommateur. En ce qui concerne la méthode d'appréciation, l'EAGCP suggère une évaluation directe des effets anticoncurrentiels en deux étapes. Premièrement, les autorités de concurrence devraient mesurer, dans une perspective purement économique, le degré de pouvoir de marché détenu par l'entreprise concernée, c'est-à-dire sa capacité d'augmenter les prix. À cet égard, l'EAGCP souligne que les critères traditionnels d'existence ou d'absence de pouvoir de marché ne perdent pas leur intérêt, qu'ils deviennent tout simplement partie intégrante de la procédure visant à établir que les pratiques faisant l'objet d'une enquête nuisent à la concurrence⁸²⁵. Deuxièmement, les autorités devraient examiner si un tel pouvoir de marché est durable ou s'il est susceptible d'être érodé rapidement par les pratiques actuelles ou potentielles des concurrents. Si le pouvoir de marché substantiel n'est pas persistant, il sera déduit que la pratique de l'entreprise en cause ne se fait pas au détriment des consommateurs car la présence de *contraintes concurrentielles effectives* empêche l'entreprise dominante de maintenir son prix au-dessus des coûts marginaux pendant une longue

⁸²³ *Id.*, p. 14.

⁸²⁴ *V. supra*, n° 44.

⁸²⁵ J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT & R. STENBACKA, « An Economic Approach to Article 82 », *op. cit.*, p. 14. L'utilisation des critères traditionnels à un stade ultérieur que pour corroborer ou réfuter la conclusion d'un abus a été critiquée tant par les économistes que par les juristes.

période. Dans le cas contraire, les autorités de concurrence devraient évaluer les efficiences générées de la pratique, lesquelles devront être justifiées par l'entreprise concernée. Si les efficiences sont plus importantes que les effets anticoncurrentiels, la pratique n'est pas jugée abusive. En tout cas, il importe de prouver l'atteinte *actuelle* portée au bien-être du consommateur.

584. L'approche des effets directs proposée dans le rapport de l'EAGCP a apparemment une forte empreinte économique et apporte deux changements de fond. D'une part, les effets anticoncurrentiels résultant d'une pratique présumée abusive devraient être prouvés par rapport au bien-être du consommateur à l'aide d'analyse et d'études économiques solides. D'autre part, le focus de l'analyse porterait sur les efficiences des entreprises concurrentes (*test du concurrent aussi efficient*) et non sur la pratique abusive de l'entreprise en cause. Il s'agit d'un changement principal et radical apporté par la nouvelle approche. À première vue, ces changements sembleraient en cohérence avec l'appréciation des ententes restrictives de concurrence prévues à l'article 101 TFUE et rendraient ainsi uniforme l'évaluation des pratiques anticoncurrentielles relevant du droit européen de la concurrence. Cependant, la nouvelle approche présente de grands enjeux et ne correspond pas à la politique de la concurrence de l'Union européenne.

b. Les enjeux de la nouvelle approche

585. Les changements proposés par la nouvelle approche comportent des enjeux énormes tant en ce qui concerne la pratique décisionnelle de la Commission européenne que la procédure et encore plus largement la politique de la concurrence de l'UE.

586. Dans une perspective pratique, la référence au bien-être du consommateur comme norme d'évaluation des pratiques abusives présente de grosses problématiques. En effet, une pratique de nature abusive produit en général des effets à court terme et à long terme. Les effets à court terme sont ceux produits directement et immédiatement par la pratique et sont souvent en faveur des consommateurs. En revanche, les effets anticoncurrentiels sont souvent potentiels et ne surviennent qu'à long terme. C'est ainsi que les consommateurs peuvent bénéficier des intérêts que donne la pratique à court terme, ils seront lésés à long terme si la pratique n'est pas interdite. Or, l'approche des effets directs est paradoxale parce qu'elle exige, d'une part, la preuve de l'atteinte *actuelle* portée au bien-être du consommateur, ce qui semble ne refléter que les effets à court terme, et d'autre part, la comparaison des effets à court-terme avec ceux à long terme. S'y

ajoute la difficulté de réaliser cette comparaison étant donné que ces derniers ne sont souvent pas encore survenus au moment de l'examen de la pratique concernée⁸²⁶.

587. Deuxièmement, le fait que les effets anticoncurrentiels d'une pratique doivent être évalués concernant le bien-être du consommateur pose un grand problème de preuve. En effet, la pratique jurisprudentielle européenne souligne qu'« *il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet*⁸²⁷ ». Ainsi, il suffit que soit prouvée l'atteinte *potentielle* à la concurrence afin de démontrer que la pratique est abusive. Or, comme souligné ci-dessus, la nouvelle approche exige que l'atteinte *actuelle* portée au bien-être du consommateur soit prouvée. Ce concept de bien-être du consommateur est en économie assimilé au concept de surplus du consommateur⁸²⁸, défini comme la différence entre le montant maximal que le consommateur est prêt à payer pour un bien et le montant qu'il paie effectivement⁸²⁹. Malgré qu'il ne soit pas mentionné explicitement, c'est bien le sens microéconomique⁸³⁰ auquel se réfère le concept de bien-être du consommateur dans le rapport de l'EAGCP. La théorie économique néoclassique nous enseigne que l'augmentation et la réduction du bien-être du consommateur est mesurée via l'appréciation du pouvoir de marché de l'entreprise. Celui-ci, rappelons un peu, est perçu par les économistes comme la capacité d'augmenter les prix au-delà du prix concurrentiel ou de réduire la production sans subir des pertes. Cependant, cette approche n'est adéquate qu'aux formes de la concurrence sur les prix et les quantités mais pas aux autres. Il convient en effet de souligner que le bien-être du consommateur ne réside pas seulement dans le fait que les consommateurs obtiennent le bien à

⁸²⁶ Evidemment le moment de l'investigation menée joue un rôle important. Si, par exemple, l'investigation d'une affaire de prédation menée par la Commission européenne commence après la fin de la période de prédation, les entreprises concurrentes ont été évincées du marché et l'entreprise dominante récupère ses pertes subies dans la première période, l'analyse des effets est relativement facile. Toutefois, comme les entreprises concurrentes risquant de quitter le marché tentent normalement d'attirer l'attention de la Commission avant qu'il ne soit trop tard, il est très probable que le comportement sera évalué à un moment où les effets anticoncurrentiels susceptibles de découler d'un tel comportement ne sont pas encore survenus. À ce propos, v. T. G. KRATTENMAKER, R. H. LANDE & S. C. SALOP, « Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law », *Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1987, p. 241.

⁸²⁷ Arrêt du TPICE du 17 déc. 2003, *British Airways plc c./Commission*, T-219/99, *Rec.* p. II-5917, para. 293.

⁸²⁸ J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, préc., p. 7 et s.

⁸²⁹ R. S. PINDYCK & D. L. RUBINFELD, *Microeconomics*, Pearson, 8^e éd., 2013, p. 132.

⁸³⁰ Selon la théorie microéconomique, le concept de *deadweighloss* due à une situation de monopole donne une image plus large de la perte globale pour la société que le bien-être du consommateur car il tient compte non seulement de la réduction du surplus du consommateur mais aussi de la perte de quantité (qui implique implicitement une diminution du travail et du capital n'étant plus utilisés) qui serait fournie dans une condition concurrentielle.

un prix abordable ou qu'il y a suffisamment de produits pour satisfaire toute la demande du marché. Il peut être également conçu par le fait que les consommateurs bénéficient de l'introduction de nouveaux produits, de l'amélioration de la qualité des produits, des produits innovants, etc. Par conséquent, évaluer l'atteinte au bien-être du consommateur via l'appréciation du pouvoir de marché tel qu'il est perçu par la nouvelle approche risque d'aboutir à une appréciation erronée.

588. Troisièmement, le critère de bien-être du consommateur est critiquable dans les marchés dynamiques et innovants sur lesquels le principal paramètre concurrentiel n'est pas le prix ou la production mais l'innovation. L'analyse se focalisant sur l'effet de la pratique sur les prix pour voir si elle réduit ou augmente le bien-être du consommateur serait trompeuse. En effet, les marchés dynamiques et innovants se caractérisent par de forts effets de réseau, des coûts irrécupérables initiaux élevés sous forme de dépense en R&D et de droits de propriété intellectuelle sous toutes leurs formes possibles⁸³¹. Les entreprises sur ces marchés ont tendance à adopter des comportements stratégiques destinés à capturer et à préserver la plus grande base de consommateurs installée. En ce faisant, elles peuvent fixer les prix à un niveau assez bas ou offrir un produit gratuit afin de créer une niche de consommateurs qui verront plus tard le produit verrouillé et ne seront probablement pas disposés à passer à un article différent. Ainsi, à long terme, une fois que l'entreprise couvre tout le marché, même une faible marge peut leur rapporter des bénéfices. Par conséquent, les pratiques de l'entreprise visent plutôt à renforcer son pouvoir de marché, ce qui n'est pas considéré si l'analyse menée est à évaluer le pouvoir de marché de l'entreprise au moment de l'investigation en vertu de la nouvelle approche.

589. Dernièrement, la nouvelle approche souligne que la démonstration distincte de la position dominante n'est plus nécessaire, la dominance étant automatiquement déduite dès lors que l'effet anticoncurrentiel est prouvé. Pourtant, il convient de noter que les effets anticoncurrentiels peuvent être produits par les effets cumulatifs des pratiques similaires adoptées par l'entreprise en cause et ses concurrents⁸³². Ils peuvent être également la conséquence d'une pratique concertée adoptées par des entreprises sur le marché dont la part de marché est inférieure au seuil de référence pour déduire la position dominante. La suppression de l'évaluation préliminaire de

⁸³¹ V. *supra*, n° 392 et s.

⁸³² P. OLIVER, « The Concept of 'Abuse' of a Dominant Position under Article 82 EC: Recent Developments in Relation to Pricing », *European Competition Journal*, vol. 1, issue 2, 2005, p. 315-339.

la dominance⁸³³ entraîne la suppression de sa fonction de filtrage dont l'importance est reconnue par les économistes. Cela signifie que toute pratique susceptible de produire des effets anticoncurrentiels significatifs devrait faire l'objet d'un examen approfondi. Sans que le terme *effet anticoncurrentiel significatif*⁸³⁴ soit déterminé, la suppression de l'évaluation préliminaire de la dominance aurait pour conséquence d'accroître l'intervention de la Commission, ce qui est bien contraire à l'objectif de l'EAGCP, lors de sa réalisation du rapport, qui est de réduire son intervention.

590. Dans une perspective procédurale, la nouvelle approche changerait radicalement la procédure d'évaluation d'une affaire d'abus de position dominante. En effet, la nouvelle approche exige la démonstration du préjudice porté aux consommateurs avec les preuves économiques solides. Pour ce faire, la Commission devrait démontrer que l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché substantiel et que ce pouvoir est durable. Cette démonstration de la durabilité du pouvoir de marché substantiel doit s'effectuer en appliquant *le test du concurrent aussi efficient*, plus précisément, en examinant comment les entreprises concurrentes actuelles et potentielles réagiraient à la pratique présumée abusive de l'entreprise dominante. Par conséquent, avec la nouvelle approche, c'est la Commission européenne qui devrait porter à la fois les preuves du pouvoir de marché substantiel de l'entreprise concernée et du niveau de l'efficacité de ses concurrents. Par ailleurs, il est important de noter que « *l'efficacité* » visée par la nouvelle approche n'est pas l'efficacité générée par la pratique en cause mais il s'agit en fait de l'efficacité des concurrents constituant la contrainte des effets anticoncurrentiels potentiels. D'une part, la nouvelle approche surcharge la Commission avec les preuves qu'elle n'est pas censée prouver sous le régime actuel. D'autre part, le fait que la Commission ouvre une enquête, que ce soit sur sa propre initiative ou sur plainte, et trouve elle-même la justification économique pour vider l'enquête est dépourvu de sens et contraire à toutes les règles de procédure.

⁸³³ En fait, puisque l'appréciation des effets directs exige l'analyse du pouvoir de marché substantiel, l'EAGCP souligne que les instruments traditionnels utilisés pour déterminer la dominance seraient toujours utilisés. Cependant, ces instruments ne serviraient pas le but initial (déterminer la dominance) car ils ne seraient nécessaires qu'à un stade ultérieur de l'analyse pour confirmer ou réfuter la présence d'effets anticoncurrentiels. L'idée de supprimer une évaluation préliminaire de la dominance et de la fusionner avec la vérification du préjudice anticoncurrentiel probable causé par la pratique a été critiquée par la majorité d'économistes et de juristes. À cet égard, voir J. VICKERS, « Market Power in Competition Cases », *European Competition Journal*, vol. 2, spéc. issue, 2006, p. 3-14, spéc. p. 12.

⁸³⁴ J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT & R. STENBACKA, « An Economic Approach to Article 82 », *op. cit.*, p. 14. Il est bien clair que si la barre est placée trop haut, aucun abus n'est susceptible d'être trouvé.

591. Dans une perspective politique de la concurrence, le passage du concept traditionnel de *l'atteinte à la concurrence* au concept de *l'atteinte au bien-être du consommateur* marque l'écart de la politique de la concurrence actuelle et des principes enracinés dans le droit de la concurrence de l'Union européenne. En effet, la politique passerait de la protection de la concurrence sur le marché à la protection du bien-être du consommateur. À cet égard, l'Avocat général de la CJUE madame Juliane KOKOTT a bien souligné dans ses conclusions dans l'affaire *British Airways* que « *l'article 82 EC, à l'instar des autres règles de concurrence du traité, n'est pas destiné uniquement et en premier lieu à protéger les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle (en tant qu'institution), laquelle est déjà de toute façon affaiblie par la présence de l'entreprise dominante sur le marché*⁸³⁵ ». Ainsi, la politique de la concurrence n'examine pas seulement les conséquences de la pratique (c'est-à-dire le changement du bien-être du consommateur ou du bien-être total), mais aussi le processus qui génère de telles conséquences (c'est-à-dire la nature de la pratique)⁸³⁶.

592. La nouvelle approche d'évaluation de l'abus fondé sur le bien-être du consommateur, qui dispense l'appréciation de la dominance tout en changeant radicalement la politique de la concurrence de l'UE, le processus et le fond d'appréciation, n'est retenue ni par la Commission européenne ni par les juridictions européennes.

c. La position de la Commission et les juges européens

593. Après avoir examiné le rapport de l'EAGCP, suivi de la publication d'un document de travail soumis à la consultation publique⁸³⁷, la Commission européenne a publié le 9 février 2009 une communication intitulée *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises*

⁸³⁵ Conclusions de l'Avocat général Mme J. KOKOTT présentées le 23 fév. 2006, *British Airways c./Commission*, C-95/04 P, *Rec.* p. I-2331, para. 68 (gras ajouté).

⁸³⁶ J. FARRELL & M. L. KATZ, « The Economics of Welfare Standards in Antitrust », *Competition Policy International*, vol. 2, n° 2, 2006, p. 6.

⁸³⁷ Document de travail de la Direction générale de la concurrence sur l'application de l'article 82 du traité aux pratiques d'éviction abusives (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses), décembre 2005, disponible sur le site <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (consulté le 15 octobre 2018).

*dominantes*⁸³⁸, clarifiant la position de la Commission dans la réforme de l'article 82 vers une approche dite *plus économique*. Tout d'abord, la Commission a bien affirmé que c'est la protection du processus concurrentiel qui est l'objectif ultime de la politique de la concurrence de l'Union européenne⁸³⁹. Dans la mise en œuvre de l'article 82 CE, elle retient certaines pensées économiques tout en restant fidèle à l'approche traditionnelle. En effet, elle a affirmé la prise en considération du bien-être du consommateur mais qui ne constitue pas la référence pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'une pratique d'exclusion⁸⁴⁰. Le cadre d'analyse de l'abus commence toujours par l'établissement d'une position dominante, et donc la délimitation du marché pertinent, suivi par l'appréciation de l'abus dans la deuxième étape. En ce qui concerne l'établissement de la dominance, il est bien clair dans la Communication que les notions de position dominante et de pouvoir de marché se cofondent et sont considérées par la Commission comme équivalentes⁸⁴¹. Toutefois, la notion de pouvoir de marché retenue par la Commission n'est pas celle définie en pure économie mais s'entend dans un sens plus large incluant tout paramètre de la concurrence tel que la production, l'innovation, la variété ou la qualité des biens ou des services, lesquels peuvent être influencés au détriment des consommateurs⁸⁴². Les éléments en vue de la détermination de la dominance demeurent les mêmes que l'approche traditionnelle.

594. Quant à l'appréciation du caractère anticoncurrentiel de la pratique, l'approche de la Commission est celle synthétisée et articulée entre l'approche ordo-libérale et l'orientation économique. En effet, la Commission a déclaré, d'une part, que l'effet anticoncurrentiel est apprécié dans une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé, et d'autre part, que l'entreprise dominante peut se trouver dans une situation lui permettant d'augmenter avec rentabilité les prix au détriment des consommateurs⁸⁴³. En vue de cette appréciation, la Commission a approuvé le *test du concurrent aussi efficient* proposé par l'EAGCP. La première application du test par la Commission a été effectuée dans la fameuse affaire *Intel*. Dans sa

⁸³⁸ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes, JOUE C 45/7 du 24 fév. 2009.

⁸³⁹ *Id.*, pt. 6.

⁸⁴⁰ *Id.*, pt. 5 : « La Commission visera en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs ».

⁸⁴¹ *Id.*, pts 10 et 11.

⁸⁴² *Id.*, pt 11.

⁸⁴³ *Id.*, pt. 19.

décision du 13 mai 2009, la Commission a effectué une longue étude des coûts montrant qu'aucun concurrent ne pourrait contrebalancer l'offre d'Intel⁸⁴⁴. Cependant, la Commission a effectué cette analyse parallèlement à une analyse plus traditionnelle fondée sur la jurisprudence antérieure sur les rabais tout en déclarant que la jurisprudence ne l'oblige pas à effectuer le test préconisé dans la communication pour établir l'abus. Par conséquent, on peut en induire que le test peut constituer une condition nécessaire pour l'appréciation de l'abus d'exclusion mais ne constitue pas en soi une condition suffisante pour qualifier l'abus⁸⁴⁵.

595. Enfin, la Commission donne l'opportunité à l'entreprise dominante dont la pratique est présumée abusive d'invoquer des justifications objectives à son comportement. Ainsi, c'est à l'entreprise dominante de prouver que son comportement est objectivement nécessaire et qu'il produit des gains d'efficacité substantiels⁸⁴⁶ qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. Il appartient ensuite à la Commission d'apprécier le caractère indispensable et la proportionnalité du comportement en cause par rapport aux justifications exposées afin de mettre en balance des gains d'efficacité avec les effets anticoncurrentiels⁸⁴⁷.

596. Dans leurs jurisprudences récentes, les juridictions européennes se sont montrées réceptives de la politique définie et de la méthode retenue par la Commission européenne. En effet, le test AEC a été introduit dans la jurisprudence mais la détermination de la dominance et la qualification de l'abus sur l'appréciation de l'atteinte à la concurrence demeurent l'approche poursuivie par la CJUE et le Tribunal. Dans l'arrêt *AstraZeneca*, concernant l'abus de position dominante par *AstraZeneca* du système de brevets et des procédures de commercialisation des produits pharmaceutiques afin de prévenir ou de retarder l'arrivée sur le marché de médicaments

⁸⁴⁴ Décision de la commission du 13 mai 2009, COMP/37.990, *Intel*, JOUE C 227 du 22 sept. 2009, paras. 1002-1640.

⁸⁴⁵ Cela est bien exprimé dans la communication aux points 23 et 27 que la Commission n'interviendra normalement que lorsque les pratiques considérées ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence d'entreprises considérées comme aussi efficaces que l'entreprise dominante, et que s'il ressort des données que le prix appliqué par l'entreprise dominante risque d'évincer du marché des concurrents aussi efficaces, la Commission intégrera cet élément dans l'appréciation générale de l'éviction anticoncurrentielle.

⁸⁴⁶ En ce qui concerne les gains d'efficacité, la Commission adopte une approche calquée sur l'article 101 §3 TFUE selon lequel l'entreprise dominante cherchant à justifier une pratique d'exclusion doit démontrer que les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies : (i) des gains d'efficacité résultent du comportement considéré ; (ii) le comportement est indispensable à la réalisation de ces gains d'efficacité ; (iii) les gains d'efficacité compensent les effets préjudiciables du comportement sur la concurrence et le bien-être des consommateurs et (iv) le comportement n'élimine pas une concurrence effective.

⁸⁴⁷ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes, *op. cit.*, pts 28-31.

génériques ainsi que d'empêcher les importations parallèles, le Tribunal a rejeté l'argument des requérantes faisant valoir qu'un abus de position dominante ne saurait être identifié que lorsque le comportement en cause a un effet direct sur la concurrence. En revanche, il a confirmé la l'influence d'un effet potentiel en vue de qualification d'abus d'une pratique en déclarant que « *dans une situation telle que celle de l'espèce, où les pratiques en cause, si elles sont établies, ne sauraient, dans quelque mesure que ce soit, être considérées comme relevant d'une concurrence normale des produits sur la base des performances de l'entreprise, la démonstration que, compte tenu du contexte économique ou réglementaire dans lequel ces pratiques s'insèrent, celles-ci sont de nature à restreindre la concurrence est suffisante. Ainsi, la capacité de la pratique en cause à restreindre la concurrence peut être indirecte, pourvu qu'il soit démontré à suffisance de droit qu'elle soit réellement de nature à restreindre la concurrence*⁸⁴⁸ ». Dans l'arrêt *Tomra* rendu la même année, le Tribunal réitère le même raisonnement en soulignant qu' « *il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés. Il suffit, à cet égard, de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet*⁸⁴⁹ ». L'arrêt *Deutsche Telekom* est un arrêt important en marquant la référence pour la première fois au test AEC par la CJUE. Dans cet arrêt, la CJUE a jugé que lorsqu'une entreprise dominante met effectivement en œuvre une pratique tarifaire aboutissant à la compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces dont l'objet est d'évincer ceux-ci du marché concerné, la circonstance que le résultat escompté n'est pas, en définitive, atteint ne saurait écarter la qualification d'abus au sens de l'article 82 CE⁸⁵⁰. Par cette déclaration, la CJUE a, d'une part, validé le test AEC de la pensée économique, et d'autre part, confirmé l'approche traditionnelle que l'effet anticoncurrentiel n'est pas nécessairement actuel. Ce raisonnement a été également utilisé dans ses arrêts ultérieurs *TeliaSonera*⁸⁵¹, *Post Danmark I*⁸⁵², *Post Danmark II*⁸⁵³ et

⁸⁴⁸ Arrêt du Tribunal du 1^{er} juill. 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c./Commission*, T-321/05, *Rec.* p. II-2805, para. 376.

⁸⁴⁹ Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, *Tomra Systems ASA e.a. c./Commission*, T-155/06, *Rec.* p. II-4361, para. 289.

⁸⁵⁰ Arrêt de la CJUE du 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom AG c./Commission*, C-280/08 P, *Rec.* p. I-9555, para. 254.

⁸⁵¹ Arrêt de la CJUE du 17 fév. 2011, *Konkurrensverket c./TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, *Rec.* p. I-527, paras. 61, 63, 64 et 67.

⁸⁵² Arrêt de la CJUE du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S c./Konkurrencerådet*, C-209/10, *Rec.* numérique, para. 25.

⁸⁵³ Arrêt de la CJUE du 6 oct. 2015, *Post Danmark A/S c./Konkurrencerådet*, C-23/14, *Rec.* numérique, paras. 51-62.

*Intel*⁸⁵⁴. Alors que le test AEC est considéré comme pertinent par la Cour⁸⁵⁵, cette dernière souligne qu'il n'est pas possible de déduire de la jurisprudence de la Cour une obligation juridique de se fonder systématiquement sur le critère du concurrent aussi efficace pour constater le caractère abusif d'une pratique adoptée par une entreprise en position dominante⁸⁵⁶. Le test AEC doit être considéré comme un instrument parmi d'autres et ne constitue pas une condition indispensable en vue d'apprécier l'existence d'un abus d'éviction⁸⁵⁷.

597. Conclusion du 2. L'approche proposée par l'EAGCP s'écarte clairement de l'évaluation traditionnelle des abus au sens de l'article 82 CE car elle supprime complètement l'évaluation de la position dominante afin d'adopter un critère d'évaluation de l'effet final que le comportement est susceptible de produire sur les consommateurs. L'approche nouvelle introduit deux changements substantiels : l'analyse se concentre, d'une part, sur l'effet actuel sur le bien-être du consommateur plutôt que sur l'atteinte actuelle ou potentielle à la concurrence, et d'autre part, sur l'efficacité des entreprises concurrentes plutôt que sur la pratique de l'entreprise en cause. Alors que les économistes font valoir qu'une telle approche fondée sur des principes économiques et sur des faits est plus solide et *plus économique*, une logique d'évaluation ne renvoyant pas au marché sur lequel se déroule la concurrence implique des répercussions tant techniques que politiques à la régulation européenne de la concurrence. Malgré la prise en compte du principe du test AEC par la Commission et les juridictions européennes, les grands arrêts récemment rendus par ces dernières, en matière d'abus d'éviction, montrent qu'aucune importance n'est accordée à la nouvelle approche dite *plus économique* si elle est déconnectée de la détermination de la dominance, et donc de la délimitation du marché.

598. Conclusion du B. L'émergence, au cours de la deuxième moitié de la dernière décennie, de l'approche des effets directs en matière d'application du droit de l'abus de position dominante en Europe, est le résultat d'un long processus. Pourtant, il ressort des développements précédents que la pratique des autorités européennes ne se rapproche pas totalement des prescriptions de la nouvelle approche. En matière d'abus d'exploitation, il est clair que l'évaluation de l'excessivité du prix est chose complexe, difficile et incertaine. Il n'existe pas qu'une méthode d'évaluation qui soit à la fois facile à appliquer et limite dans une mesure acceptable le risque d'une décision

⁸⁵⁴ Arrêt de la CJUE du 6 sept. 2017, *Intel Corp. c./Commission*, C-413/14 P (pas encore publié), paras. 142-147.

⁸⁵⁵ *Id.*, para. 143.

⁸⁵⁶ Arrêt de la CJUE du 6 oct. 2015, *Post Danmark A/S c./Konkurrencerådet*, C-23/14, *op. cit.*, para. 57.

⁸⁵⁷ *Id.*, paras. 61-62.

erronée. La Commission et les juridictions européennes s'appuient sur une variété de méthodes de prix-coûts afin d'apprécier le caractère excessif des prix imposés par les entreprises dominantes. Pourtant, ces méthodes économiques, dont la mise en œuvre invoque des difficultés pratiques souvent insurmontables, ne permettent pas de répondre de manière objective et efficace à la question centrale de savoir si un prix est excessif, et donc l'existence d'un abus. L'évaluation de l'excessivité du prix fondée sur les seules preuves fournies par ces méthodes semble très risquée. En matière d'abus d'exclusion sur laquelle la plupart des études sur l'économie de l'abus fondé sur les prix mettent l'accent, l'approche d'analyse proposée notamment par l'EAGCP, considérant le bien-être du consommateur comme étant la norme d'évaluation des effets anticoncurrentiels, bouleverserait tant toute analyse substantielle et procédurale que la politique de la concurrence de l'Union européenne. Établir des preuves directes de l'existence d'un abus sans que soit nécessaire la détermination de la position dominante n'est pas nécessairement facile et pose des problèmes. Par ailleurs, la suppression de l'examen initial destiné à apprécier la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent risque de compliquer la détection rapide des affaires dans lesquelles l'existence de l'abus est peu probable car sa suppression signifie la disparition de sa fonction de filtrage. Cela provoquerait le risque que la Commission européenne se sente libre de parcourir le paysage industriel au gré du hasard sans avoir à définir des marchés pertinents avant d'appliquer la législation sur la concurrence, ce qui ouvrirait la porte à tous les abus⁸⁵⁸. En tenant compte de l'insuffisance que présente chacune des méthodes proposées ainsi que les problèmes qu'elle pose, la communication de la Commission européenne sur les orientations publiées en 2009 ainsi que la pratique jurisprudentielle depuis lors ne témoignent pas d'une réelle adoption d'une évaluation fondée sur les effets directs.

599. Conclusion du §2. L'approche fondée sur les effets directs qui provient des États-Unis a été l'objet de vives discussions des deux côtés de l'atlantique. L'établissement des preuves directes de l'existence d'un abus tourne autour de trois critères, à savoir la pratique d'un prix excessif, la restriction de la production et les barrières à l'entrée élevées. Or, les analyses exposées précédemment montrent que la convergence vers cette approche ne va pas de soi. En effet, les méthodes d'appréciation de ces critères ne fournissent pas des règles de décisions simples à utiliser, incontestables et qui permettent de qualifier l'abus. Alors que l'approche veut

⁸⁵⁸ J. A. KEYTE & N. R. STOLL, « Markets? We don't need no stinking markets ! The FTC and market definition », *Antitrust Bulletin*, vol. 49, issue 3, 2004, p. 593-632, spéc. p. 595.

que les autorités de concurrence se focalisent directement sur les effets anticoncurrentiels sans définir au préalable le marché pertinent, aucune méthode proposée n'a précisé dans quelle mesure une preuve est qualifiée de suffisante pour établir le comportement abusif. Comme l'a souligné le professeur GAVIL, se fier davantage aux effets des pratiques sur la concurrence entraîne une grande incertitude quant au type et à la quantité d'effets à exiger et aux méthodes acceptables pour les mettre en évidence⁸⁵⁹. Dans l'Union européenne, la réforme substantielle de l'article 82 CE s'est effectuée à la lumière d'une évaluation plus économique tout en ne changeant pas radicalement la politique de la concurrence et le droit européen de l'abus de position dominante. Au lieu d'imposer exclusivement une approche fondée sur les effets directs, la Commission et les juridictions européennes ont montré la primauté de l'approche traditionnelle dans leur pratique décisionnelle. Les outils analytiques de l'économie peuvent se déployer en vue de la qualification des pratiques mais ne sauraient se substituer à la délimitation du marché pertinent et l'évaluation de la position dominante.

600. Conclusion de la Section 1. L'émergence de nouvelles méthodes économétriques a pu apparaître comme une *silver bullet* se substituant à l'approche de la délimitation du marché dans l'analyse concurrentielle. Dans le contexte des fusions, le test *Upward Pricing Pressure* et ses variantes qui consistent à appréhender l'incitation d'augmenter les prix des parties à la fusion lorsque celles-ci offrent des produits différenciés sont perçus comme étant les candidats les plus solides pour remplacer l'approche traditionnelle. Bien qu'elles soient établies sur un fondement intuitif clair, en reposant sur les ratios de diversion et les marges dégagés par les produits, les limites de la science économique soulèvent des doutes quant à la capacité de ces tests d'apporter des preuves de nature à fonder l'appréciation des effets d'une fusion sur la concurrence. En matière d'abus de position dominante, la feuille de route de l'« *economicisation* » de l'article 102 TFUE tenait à considérer la qualification directe des pratiques en concentrant sur un critère unique, celui de la maximisation du bien-être du consommateur. D'une part, une telle approche induit une rupture réelle de la mise en œuvre des règles de la concurrence au sein de l'Union européenne dont les principes se fondent sur la protection du processus de concurrence. D'autre part, les analyses fondées sur cette approche étant étroitement dépendantes des hypothèses de comportement et des paramètres des modèles de l'économie industrielle, elle n'est pas en mesure

⁸⁵⁹ A. I. GAVIL, « On the Utility of "Direct Evidence of Anticompetitive Effects" », *Antitrust*, vol. 19, 2005, p. 59-65.

aujourd'hui de fournir à la Commission ainsi que les juges européens des analyses permettant de caractériser sans ambiguïté des pratiques comme anticoncurrentielles.

601. Transition. Mises à part les difficultés des nouvelles méthodes à apporter des preuves économiques des pratiques anticoncurrentielles et des effets de fusions, le remplacement complet de la délimitation du marché pertinent par ces méthodes pourrait avoir des implications qui ne seraient pas d'ordre purement juridique.

Section 2. Le remplacement de la délimitation du marché pertinent et ses conséquences juridiques

602. La section précédente a mis en lumière des nouvelles méthodes, élaborées par les économistes qui proposent de remplacer l'approche traditionnelle. Dans l'hypothèse où les difficultés d'établissement de preuve directe et de mise en œuvre de ces méthodes seraient surmontées, un abandon pur et simple du concept de marché pertinent pourrait provoquer des conséquences juridiques devant être prises en compte par la Commission, le Tribunal et la CJUE lorsqu'ils décideraient d'adopter de nouveaux outils (§1). Le remplacement de la délimitation du marché par ces nouveaux outils n'est possible et souhaitable que dans certains scénarios particuliers dans lesquels la délimitation du marché, en tant qu'instrument de l'analyse des effets, est problématique. Ce remplacement, dit partiel, et une utilisation complémentaire des nouveaux outils peuvent permettre à la Commission et aux juges de mieux évaluer les effets, sur la concurrence, d'une pratique ou d'une opération faisant l'objet d'une enquête (§2).

§1. Le remplacement complet de la délimitation du marché pertinent et ses conséquences juridiques

603. Si le débat du remplacement de la délimitation du marché par les méthodes économétriques met l'accent sur la pertinence de ces dernières, il n'accorde pas une attention suffisante aux conséquences d'un tel remplacement. L'approche économique n'a pas satisfait tous les espoirs qui étaient placés en elle. L'utilisation exclusive de cette approche en remplacement de la délimitation du marché dans toutes les affaires de la concurrence pourrait avoir non seulement des implications juridiques techniques (A) mais aussi des implications juridiques juridictionnelles (B). Dans le contexte de l'UE où le concept de la délimitation du marché est bien ancré dans le droit de la concurrence, les conséquences ne sont pas négligeables.

A. Les conséquences juridiques techniques

604. L'incertitude est un problème omniprésent dans le droit de la concurrence. Elle a été attribuée au fait qu'il s'agissait d'un droit en formation et faisant appel à la science économique, laquelle est elle-même inachevée⁸⁶⁰. Le remplacement de la délimitation du marché par les méthodes économétriques pose la question de savoir si ces méthodes alternatives affectent le niveau actuel de sécurité juridique. Cette interrogation n'est pas nouvelle et demeure toujours d'actualité⁸⁶¹. Pour cerner ce problème de manière complète, il faut envisager ce remplacement au regard du rôle de la délimitation tant dans sa fonction instrumentale dans des analyses substantielles des effets anticoncurrentiels (1) que dans sa fonction de détermination de l'applicabilité du droit de la concurrence et de la sanction (2). Lorsque les nouvelles méthodes ne permettent pas d'assurer le niveau actuel de sécurité juridique, leur utilisation risque d'accroître les décisions erronées qui peuvent être parfois excessivement coûteuses (3).

1. Dans un sens technique restreint

605. Puisque le rôle instrumental central de la délimitation du marché réside dans l'analyse substantielle des effets anticoncurrentiels (a), les conséquences juridiques découlant de son remplacement par les méthodes économétriques sophistiquées en cette matière sont les plus graves. Pour prendre pleinement conscience des répercussions de ce remplacement, il faut également tenir compte de celles provoquées sur la réglementation sectorielle où le marché délimité en droit de la concurrence est déterminant pour son intervention (b).

a. L'analyse substantielle des effets anticoncurrentiels

606. Alors que les besoins des entreprises en matière de sécurité juridique se sont intensifiés pour des raisons proprement économique et financière, l'utilisation des méthodes alternatives dégradera la valeur de précédent (i) et le degré de prévisibilité (ii) qu'assure la délimitation du marché.

⁸⁶⁰ A. LYON-CAEN, *Contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, Thèse Paris II, 1975, n° 11. V. également M.-A. SANSON-HERMITTE, *Droit de la concurrence : cohérence économique, sécurité juridique*, Librairies techniques, 1981, préface B. GOLDMAN, p. 6 et s. ; G.-G. GRANGER, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1955, p. 6.

⁸⁶¹ Voir P. VERLOREN VAN THEMAAT, « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, 1989, n° 2, p. 133-162.

i. La valeur de précédent

607. Dans l'Union européenne, la délimitation du marché joue un rôle important dans tous les domaines du droit de la concurrence. Il ressort de la jurisprudence abondante en la matière depuis 1951 que le marché délimité dans une affaire peut être retenu dans une affaire ultérieure du même marché, ce qui fait que la délimitation du marché peut constituer un précédent pour les enquêtes ultérieures, de quelque nature qu'elles soient. Ainsi, la délimitation du marché dans une affaire d'abus de position dominante peut constituer un point de départ solide pour l'analyse ultérieure d'une fusion. À cet égard, la concentration de *Tetra Laval/Sidel*⁸⁶² est un excellent exemple. Tetra Laval est le leader mondial dans le domaine des emballages en carton tandis que Sidel est principalement active dans la conception et la production d'équipements et de bouteilles en plastique polyéthylène téréphtalate (PET). Dans sa décision du 13 janvier 2003, la Commission européenne a retenu le marché pertinent qui est accepté par le Tribunal et puis la CJCE dans l'affaire antérieure *Tetra Pak II*⁸⁶³. Dans cette dernière, la Commission a défini quatre marchés des produits en cause⁸⁶⁴ : le marché des machines de conditionnement aseptique des liquides alimentaires dans des cartons et le marché correspondant des cartons (les marchés aseptiques), le marché des machines de conditionnement non aseptique des liquides alimentaires dans des cartons et le marché correspondant des cartons (les marchés non aseptiques). Le marché géographique concerné était considéré comme couvrant toute la Communauté européenne. Bien que la décision de la Commission, déclarant la concentration de *Tetra Laval/Sidel* incompatible avec le marché commun, ait été entièrement annulée par le Tribunal, celui-ci n'a pas rejeté la délimitation du marché de la Commission distinguant les marchés aseptiques et les marchés non aseptiques⁸⁶⁵ retenus dans l'affaire *Tetra Pak II*. Dans une autre décision déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration, la Commission a fait référence à une décision antérieure adoptée sur la même base du traité CECA afin de définir que le marché géographique en cause était mondial⁸⁶⁶. De même, dans sa décision du 14 février 1995 relative à la concentration de *Mercedes-Benz/Kässboher*, la Commission a pris en considération des

⁸⁶² Décision de la Commission du 30 jan. 2002, COMP/M. 2416, *Tetra Laval/Sidel*, JOUE L 43 du 13 fév. 2004.

⁸⁶³ Arrêt du TPICE du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, paras. 82-85 et 91-99; arrêt de la CJCE du 14 nov. 1996, *Tetra Pak c./Commission*, C-333/94, *Rec.* p. I-5951, paras. 7-19.

⁸⁶⁴ Décision de la Commission du 24 juill. 1991, IV/31.043, *Tetra Pak II*, JOCE L 72 du 18 mars 1992, paras. 92-98.

⁸⁶⁵ Arrêt du TPICE du 25 oct. 2002, *Tetra Laval c./Commission*, T-80/02, *Rec.* p. II-4519.

⁸⁶⁶ Décision de la Commission du 21 déc. 1994, IV/M.484, *Krupp/Thyssen/Riva/Falck/Tadfin/AST*, JOCE L 251 du 19 oct. 1995, para. 42.

marchés délimités dans ses deux décisions antérieures pour aboutir à la conclusion qu'il y avait deux marchés pertinents à distinguer : le marché des autobus de transport public et celui des autocars de tourisme⁸⁶⁷.

608. Par conséquent, la délimitation du marché a une valeur de précédent qui permet à l'autorité de concurrence d'économiser tant ses ressources que son temps, mais aussi aux entreprises de mieux évaluer leur propre position sur le marché.

609. Cette valeur de précédent peut avoir ses limites lorsque le marché ou le secteur concerné connaît des évolutions. Toutefois, cela ne signifie pas que la délimitation du marché n'a plus cette valeur. Si les changements ne sont pas suffisamment fréquents pour que les frontières du marché se déplacent, un marché qui a déjà été délimité constitue une référence utile au support des analyses ultérieures. Si, au contraire, les évolutions du marché, particulièrement les évolutions technologiques⁸⁶⁸, sont d'une grande importance, la délimitation du marché ne permettrait pas la portabilité dans les enquêtes ultérieures. En réalité, il n'y a ni études ni disposition juridique portant sur l'évaluation des conditions de changements d'un marché ou d'un secteur qui rendent la délimitation du marché dans une affaire antérieure invalide dans une affaire ultérieure. Certes, un marché délimité dans une affaire ne peut pas automatiquement être considéré comme juridiquement applicable dans une affaire ultérieure⁸⁶⁹, mais il est grandement utile si une affaire dans le même secteur doit par la suite être examinée.

610. En outre, la valeur de précédent de la délimitation du marché pertinent est reflétée dans le fait qu'elle permet aux entreprises de mieux évaluer leur propre position sur le marché. Dans le cas où la Commission s'écarte de la délimitation du marché antérieure, elle a l'obligation de motiver de manière explicite sa décision⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Décision de la Commission du 14 fév. 1995, IV/M.477, *Mercedes-Benz/Kässboher*, JOCE L 211 du 6 sept. 1995, para. 14.

⁸⁶⁸ V. *infra*, n° 653 et s.

⁸⁶⁹ Dans l'arrêt opposant Coca-Cola à la Commission européenne, le Tribunal a indiqué que « dans le cadre d'une éventuelle décision d'application de l'article 86 du traité, la Commission devra, de nouveau, définir le marché pertinent et procéder à une nouvelle analyse des conditions de concurrence, qui ne sera pas nécessairement fondée sur les mêmes considérations que celle ayant été à la base de la constatation antérieure de l'existence d'une position dominante », arrêt du TPICE du 22 mars 2000, *Coca-Cola c./Commission*, T-125/97 et T-127/97, Rec. p. II-1733, para. 82.

⁸⁷⁰ Voir arrêt de la CJCE du 14 fév. 1990, *Société française de Biscuits Delacre e.a.c./Commission*, C-350/88, Rec. p. I-395, para. 15; arrêts du TPICE du 14 déc. 2005, *General Electric c./Commission*, T-210/01, Rec. p. II-5575, para. 513; du 7 mai 2009, *Nederlandse Vakbond Varkenshouders e.a.c./Commission*, T-151/05, Rec. p. II-1219, paras. 136 et s.

611. L'utilisation des outils alternatifs à la délimitation du marché n'a pas de valeur de précédent puisqu'ils s'intéressent directement aux effets de la pratique ou de l'opération qui sont propres à chaque affaire. Par conséquent, les autorités de concurrence et surtout les entreprises n'ont pas de possibilité de faire référence à l'appréciation des effets d'une affaire d'abus de position dominante dans le secteur concerné pour déduire les effets qui ont été ou seront produits par leur pratique et leur opération.

612. Les conséquences provoquées par l'utilisation des outils alternatifs peuvent également découler du fait qu'elle prive les entreprises d'un certain degré de prévisibilité.

ii. Le degré de prévisibilité

613. La prévisibilité joue un rôle important pour les entreprises, notamment à l'heure d'une mondialisation des échanges et d'une concurrence accrue dans la conquête des marchés puisqu'elle permet aux entreprises de "*savoir*" et de "*prévoir*" les risques inhérents à toutes leurs activités. La prévisibilité est particulièrement importante lorsque le droit de la concurrence s'applique car elle permet aux entreprises d'auto-évaluer leur position sur le marché et d'éventuels effets anticoncurrentiels des pratiques qu'elles adoptent. Constituant un composant de la sécurité juridique, la réduction du degré de prévisibilité pourrait la dégrader et par conséquent priver les entreprises d'un principe directeur et régulateur.

614. Le degré de prévisibilité se rapporte au degré de précision d'une méthode donnée qui est mesurée par la variabilité du résultat que donne la méthode. Une méthode livrant des résultats très variables risque d'entraîner à un plus large éventail d'évaluation plausible et ainsi à une plus grande mobilisation des ressources et du temps des autorités de concurrence. Il ressort des analyses précédentes que ce risque est plus grand pour les méthodes de la nouvelle approche que pour la délimitation du marché de l'approche traditionnelle. En effet, il exige d'établir, en appliquant les tests UPPs dans les affaires de fusion, des hypothèses sur les différentes formes de la fonction de la demande puisque l'ampleur de la hausse des coûts dépend de la courbure de cette fonction⁸⁷¹. Cette exigence peut conduire à des taux de répercussion des coûts très variables et donc à des estimations variables de l'importance de l'augmentation des prix. Pour les affaires d'abus de position dominante, l'analyse de la rentabilité en vue d'évaluer le prix excessif peut

⁸⁷¹ V. *supra*, n° 468.

constituer un exemple pertinent du risque de la variabilité des résultats. En effet, le fait que la rentabilité est évaluée à l'aune du rendement des capitaux employés en vertu de la méthode comptable ainsi qu'à l'aune de la valeur actuelle nette et de taux de rendement interne en vertu de la méthode financière peut entraîner des résultats très, voire extrêmement variables. S'y ajoute la variabilité des éléments requis pour les calculs de chaque méthode.

615. Bien qu'il ne soit pas contestable que la délimitation du marché pertinent peut également donner aux résultats variables, le fait qu'elle est ancrée dans le droit européen de la concurrence et étayée par des preuves empiriques convaincantes lui permet d'assurer un niveau de sécurité juridique plus élevé. Ce rôle instrumental de la délimitation du marché est reconnu tant du point de vue de la politique de la concurrence que du point de vue pratique. En effet, d'une part, la délimitation du marché pertinent permet une analyse d'un large éventail de problèmes concurrentiels, des fusions aux abus de position dominante et aux ententes, et ainsi une analyse relativement uniforme dans toutes les affaires. D'autre part, les entreprises prenantes aux affaires de concurrence ont acquis l'expérience nécessaire et se familiarisent à la délimitation du marché. En revanche, les études empiriques sur les outils alternatifs précédemment exposés demeurent limitées et leur performance par rapport à la délimitation du marché est encore à déterminer. À l'heure actuelle par ailleurs, même la méthode candidate la plus solide, à savoir l'UPP pour les affaires de fusion, n'a pas réuni le soutien nécessaire au sein de la communauté économique pour étayer des doctrines juridiques robustes⁸⁷² alors que les doctrines antitrust sont fondées sur les principes économiques. Du point de vue de la politique de la concurrence, la maturité et la robustesse de la délimitation du marché constituent sa prééminence par rapport aux outils alternatifs.

616. D'un point de vue pratique, la sophistication des nouvelles méthodes ne les rend accessibles qu'à la communauté d'experts économiques. Alors, lorsque ces méthodes sont appliquées à une affaire contentieuse concrète, les avocats de la concurrence et les juges étant non-experts risquent dans une large mesure d'être exclus du dialogue qui détermine le résultat⁸⁷³. En outre, il convient de noter que quelle que soit la nature des enquêtes menées par les autorités de concurrence, les entreprises préfèrent révéler le moins d'informations possible. Par

⁸⁷² J. E. LOPATKA, « Market Definition? », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1/2, 2011, p. 69-93, spéc. p. 85.

⁸⁷³ *Id.*, p. 88.

conséquent, l'emploi des outils économiques complexes nécessitant de grandes données quantitatives n'est pas toujours faisable. Dans certains cas, certains éléments quantitatifs ne peuvent être estimés qu'à l'aide des données sur les parts de marché, ce qui exige la délimitation du marché pertinent. Il serait préférable d'employer des nouvelles méthodes dans certaines circonstances spécifiques⁸⁷⁴ mais l'utilisation de ces méthodes en remplacement de la délimitation du marché dans tous les cas ne permet pas, non seulement aux autorités de concurrence de prendre une décision robuste et efficace, mais permet aussi d'accroître l'incertitude.

617. Les répercussions de l'utilisation des outils alternatifs à la délimitation du marché ne se limitent pas au cadre du droit de la concurrence. Elles s'étendent aussi sur la réglementation sectorielle dont les procédures sont directement inspirées du droit de la concurrence.

b. Les conséquences sur la réglementation sectorielle

618. L'application de certaines réglementations sectorielles est déclenchée par la présence de caractéristiques de marché particulières mettant la délimitation du marché pertinent au centre de l'intervention. Il s'agit particulièrement du cas des réglementations de télécommunications.

619. En effet, malgré la présence des particularités sectorielles, les règles de concurrence sont pleinement applicables au secteur des télécommunications. Le cadre réglementaire européen des communications électroniques est caractérisé par une application *ex ante*. La directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques⁸⁷⁵, modifié par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009⁸⁷⁶, souligne que les autorités réglementaires nationales peuvent adopter une telle application *ex ante* uniquement sur les marchés où est prouvée l'existence d'une *puissance significative* de l'entreprise concernée. La « *puissance significative* » est définie comme équivalente à la notion de position dominante du droit de la concurrence⁸⁷⁷. À ce titre, l'article 15 §1 de la Directive 2002/21/CE exige de la Commission européenne qu'elle définisse les marchés en conformité avec les principes du droit de la concurrence. L'utilisation de ces principes du droit de la

⁸⁷⁴ V. *infra*, n° 653.

⁸⁷⁵ JOCE L 108/33 du 24 avril 2002.

⁸⁷⁶ JOUE L 337/37 du 18 décembre 2009.

⁸⁷⁷ Directive 2002/21/CE, préc., article 14 §2.

concurrence est bien soulignée dans la recommandation de la Commission européenne concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques⁸⁷⁸. Selon la recommandation, l'imposition d'obligations réglementaire *ex ante* peut être justifiée par les caractéristiques des marchés de produits et de services, mettant ainsi la délimitation du marché pertinent au centre de l'intervention réglementaire. L'ancrage de la délimitation du marché est encore renforcé par la pratique décisionnelle de la Commission qui montre que depuis la libéralisation européenne du secteur de télécommunications, la Commission européenne et les autorités de régulation sectorielle et de concurrence nationales ont été très actives dans ce secteur. La délimitation des marchés pertinents étant faites aux fins de l'application du règlement du contrôle des concentrations, des articles 101 et 102 TFUE ainsi que de la réglementation sectorielle⁸⁷⁹. Les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché des communications électroniques ont par ailleurs consacré la grande section 2 à la précision de la délimitation du marché pertinent en la matière tout en déclarant que pour déterminer si une entreprise est puissante sur le marché, il faut s'attacher en priorité à définir le marché pertinent, la concurrence effective ne pouvant être appréciée que par référence au marché ainsi défini⁸⁸⁰. Elles ont souligné que cette procédure devrait être conforme à la jurisprudence et à la pratique qui ont été établies dans le domaine de la concurrence. Par conséquent, l'omission de la délimitation du marché pertinent en droit de la

⁸⁷⁸ Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOUE L 295/79 du 11 octobre 2014, para. 4. V. également Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, Cadre général, marchés en cause et principes, JOCE C 265/2 du 22 août 1998.

⁸⁷⁹ Décisions de la commission du 13 oct. 1999, COMP/M.1439, *Telia/Telenor*, JOCE L 40 du 9 fév. 2001 ; du 21 mai 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, JOUE L 263 du 14 oct. 2003 ; du 7 déc. 2006, COMP/M.4442, *Carphone Warehouse/AOL UK*, JOUE C 21 du 30 jan. 2007 ; du 10 jan. 2006, COMP/M.4035, *Telefónica/O2*, JOUE C 29 du 4 fév. 2006 ; du 26 avril 2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/Tele.Ring*, JOUE L 88 du 29 mars 2007 ; du 15 déc. 2004, COMP/M.3561, *Deutsche Telekom/Eurotel*, JOUE C 40 du 17 fév. 2005 ; du 16 sept. 2003, COMP/M.3245, *Vodafone/Singlepoint*, JOUE C 242 du 9 oct. 2003 ; du 13 nov. 2006, COMP/M.4297, *Nokia/Siemens*, JOUE C 9 du 13 jan. 2007 ; du 11 août 2000, COMP/M.2016, *France Telecom/Orange*, JOCE C 261 du 12 sept. 2000 ; du 26 juin 2001, COMP/M.2469, *Vodafone/Airtel*, JOCE C 207 du 25 juill. 2001 ; du 4 juill. 2007, COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, JOUE C 83 du 2 avril 2008 ; du 15 oct. 2014, COMP/AT.39523, *Slovak Telekom*, JOUE C 314/7 du 23 sept. 2015.

⁸⁸⁰ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE C 165/6 du 11 juillet 2002, para. 34. Une révision de ces lignes directrices a été publiée en mars 2017 par la Commission européenne pour la consultation publique, disponible sur le site https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-review-significant-market-power-smp-guidelines_fr (consulté le 5 novembre 2018).

concurrence aurait pour conséquences directes la suppression de cette procédure dans la réglementation sectorielle de communications électroniques, ce qui l'obligerait de modifier la procédure et la méthode d'application de la réglementation. Or, nous verrons dans les analyses ultérieures qu'il n'y a que certains cas spécifiques où l'utilisation des outils alternatifs à la délimitation du marché serait préférable⁸⁸¹.

620. Conclusion du 1. Les développements qui précèdent montrent que l'omission de la délimitation du marché peut annuler ses avantages tout en soulevant des incertitudes sur la fonction instrumentale de ce concept. Sa valeur de précédent, qui n'est pas le cas des outils alternatifs, deviendra inutile. En s'attachant aux effets directs, les outils alternatifs ne permettent pas nécessairement de tirer des déductions dans une affaire ultérieure. Aussi leur imprécision débouchera-t-elle sur une plus grande variabilité des résultats, provoquant la réduction du degré de prévisibilité pour les entreprises. En outre, dès lors que le marché pertinent délimité en droit de la concurrence constitue le fondement de l'intervention réglementaire sectorielle, son omission pourrait changer radicalement la méthode d'appréciation de l'application réglementaire.

621. Remplacer la délimitation du marché pertinent peut encore avoir des répercussions sur une fonction plus vaste qu'elle remplit en droit de la concurrence de l'Union européenne.

2. Dans un sens technique large

622. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 2, la délimitation du marché s'étend au-delà des analyses substantielles des effets anticoncurrentiels. Elle déclenche le champ d'application des dispositions du droit de la concurrence (a) et assure une fonction centrale dans le calcul des amendes (b). Les conséquences qu'entraînerait le remplacement de la délimitation du marché par les méthodes économétriques dans la mise en œuvre des règles de la concurrence sont donc non négligeables.

a. L'applicabilité du droit européen de la concurrence

623. On reconnaît aujourd'hui que les parts de marché ne peuvent être qu'une première indication, mais l'idée selon laquelle « elles fournissent des informations utiles sur la structure

⁸⁸¹ V. *infra*, n° 653 et s.

du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont à l'œuvre » l'emporte⁸⁸². En droit européen de la concurrence, la théorie du seuil de sensibilité exprimé en part de marché est utilisée pour déterminer l'applicabilité de certaines dispositions⁸⁸³. En effet, les pratiques d'entreprises ne tombent pas toutes dans le champ d'interdiction du droit de la concurrence. En matière d'entente, un accord échappe à la prohibition de l'article 101 TFUE lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises concernées sur le marché en cause⁸⁸⁴. Ainsi, les accords entre entreprises ayant une importance mineure ne doivent pas être examinés au regard des règles de la concurrence. Dans sa communication *de minimis* de 2014, la Commission européenne précise que les accords ne sont pas capables de restreindre sensiblement la concurrence et tombent par conséquent en dehors du champ d'application du droit de la concurrence lorsque la part de marché cumulée des entreprises participantes ne dépasse pas 10% dans le cas d'accords horizontaux, 15% dans le cas d'accords verticaux et 30% dans le cas d'accords parallèles. Par ailleurs, des seuils en part de marché sont également prévus pour l'exemption des accords catégoriels en application de l'article 101 §3 TFUE. De même, en matière de contrôle des concentrations, les opérations entre entreprises, dont la part de marché cumulée post-concentration ne dépasse pas 25% sur le marché en cause, sont considérées comme n'étant pas susceptibles d'entraver une concurrence effective et par conséquent peuvent être présumées compatibles avec le marché commun⁸⁸⁵. Bien évidemment, ces dispositions reposant sur des seuils de sensibilité ne peuvent être appliquées que si ces seuils sont calculés, ce qui requiert de délimiter le marché pertinent. Par conséquent, le remplacement de la délimitation du marché par les outils d'évaluation directe rendrait la doctrine *de minimis* inapplicable et le régime d'exemption en vertu de l'article 101 §3 TFUE invalide et inopérant. Finalement, le risque serait que tous les accords et toutes les opérations de concentrations, quelle que soit leur importance, fussent être examinés au regard des règles de la concurrence. Cela va non seulement à l'encontre de l'objectif de créer une zone de sécurité permettant d'accroître la sécurité juridique aux entreprises, notamment des petites et moyennes⁸⁸⁶. Etant donné que ceci entraîne aussi une surcharge de travail et un coût des autorités de concurrence chargées

⁸⁸² R. WHISH, *EU Competition law*, Oxford, 2012, préc., p.181.

⁸⁸³ V. *supra*, n° 222 et s.

⁸⁸⁴ Arrêt de la CJCE du 9 juill. 1969, *Franz Völk c./Vervaecke*, C-5/69, *Rec.* p. 295, para. 7.

⁸⁸⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, préc., pt. 18.

⁸⁸⁶ Il convient de noter que les seuils de sensibilité permettent également de réduire les frais de mise en conformité pour les entreprises qui sont engagées dans des accords n'étant pas couverts par un règlement d'exemption par catégorie.

d'examiner les pratiques, lesquelles ne sont pas susceptibles de constituer une infraction au droit de la concurrence.

624. À un stade ultérieur lorsqu'un comportement est considéré comme anticoncurrentiel, ce remplacement aurait pour conséquence de priver les autorités de la concurrence de moyen d'appréciation de la sanction imposée à de tels comportements.

b. Le calcul des amendes

625. L'amende administrative constitue le seul et unique instrument dont dispose la Commission européenne pour dissuader les entreprises d'adopter des comportements anticoncurrentiels et, le cas échéant, sanctionner de tels comportements. À cet égard, la délimitation joue un rôle central dans la fixation des amendes. Comme les développements du chapitre 2 le montrent, en droit européen de la concurrence, la fixation de la sanction infligée par la Commission dépend du dommage concurrentiel causé à la concurrence d'un marché pertinent et non à la concurrence en général⁸⁸⁷. Ensuite, le nouveau mode de calcul des amendes comme étant exposé à l'article 23 du Règlement 1/2003 et dans les lignes directrices pour le calcul des amendes repose sur la valeur des ventes en relation avec l'infraction dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE, ce qui suppose une délimitation préalable du marché pertinent. Il est utile de rappeler que la réforme européenne du mode de calcul des amendes concurrentielles a pour but de renforcer le caractère dissuasif de la sanction. Dans certains cas, la part de marché devient déterminante dans l'appréciation du degré de la gravité de l'infraction et ainsi du montant infligé aux entreprises. Or, si la délimitation du marché était supprimée, la Commission n'aurait plus de moyen pour déterminer des amendes optimales et d'imposer des sanctions dissuasives. D'autant plus que les outils alternatifs, s'ils pourraient permettre d'apprécier directement les effets anticoncurrentiels dans certains cas, ne proposent aucune solution à l'appréciation de la sanction d'une pratique anticoncurrentielle.

626. Quel est alors l'intérêt du remplacement de la délimitation du marché par les méthodes économiques pour apprécier les effets concurrentiels d'un comportement mais devoir recourir à cette première pour calculer les amendes une fois les effets anticoncurrentiels du comportement apprécié ?

⁸⁸⁷ V. *supra*, n° 278 et s.

627. Conclusion du 2. Ce faisant, si la délimitation du marché ne servait qu'à apprécier les effets anticoncurrentiels, elle pourrait être remplacée dans certaines circonstances. Or, comme nous l'avons vu, son domaine d'utilité s'étend au-delà des analyses substantielles. À cet égard, la question de son remplacement implique le double critique. D'un côté, les méthodes alternatives feraient appliquer les règles de la concurrence à toutes les affaires sans tenir compte de l'ampleur de l'atteinte portée à la concurrence. Cela revient à exiger des autorités de la concurrence un déploiement excessif d'énergie et de ressource. D'un autre côté, elles apparaissent silencieuses en matière de la sanction. Si les autorités sont obligées de recourir à la délimitation du marché à un stade ultérieur en vue de calculer les amendes, son remplacement par les méthodes alternatives perd toute sa raison d'être.

628. En tout cas, quelle que soit la méthode utilisée, elle doit permettre d'aboutir à des décisions incontestables dans le cadre de chaque cas d'espèce. Or, l'absence de fondement théorique robuste et d'étude empirique risque de voir les méthodes économétriques développer la prise de décisions erronées, ce qui présente un coût parfois excessif tant pour la Commission que pour les entreprises concernées.

3. Le coût des erreurs dans la décision en matière de droit de la concurrence

629. Le coût des erreurs dans la décision de la concurrence dépend du type d'erreur et de la matière de la concurrence. En matière d'abus de position dominante, l'idée sous-jacente est que le faux négatif (l'erreur de seconde espèce ou Type II) est moins coûteux en termes de bien-être qu'un faux positif (l'erreur de première espèce ou Type I) dans la mesure où il s'agit d'une erreur que le marché est susceptible de corriger⁸⁸⁸ (a). En revanche, en matière de contrôle des concentrations, le faux négatif, signifiant l'acceptation initiale d'une opération de concentration anticoncurrentielle, suivi à terme par son interdiction, représente un préjudice beaucoup plus important que le faux positif, signifiant le rejet d'une concentration socialement efficace (b).

a. En matière d'abus de position dominante

630. Tout d'abord, l'approche des effets directs, loin de permettre de dégager une ligne claire entre les différentes explications possibles d'une pratique de marché, peut accroître le coût et la

⁸⁸⁸ F. H. EASTERBROOK, « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, vol. 63, n° 1, 1984, p. 1-40, spéc. p. 15-16; D. S. EVANS & A. J. PADILLA, « Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules », *op. cit.*

durée des procédures en contentieux. En effet, en ayant recours aux analyses économiques complexes, non seulement la Commission doit mobiliser excessivement de ressources en vue d'examiner ces analyses mais les entreprises doivent aussi subir des coûts de collecte et de traitement des données économiques, d'analyse de ses expertises et d'éventuels débats contradictoires autour des données et des hypothèses. Le coût global du contentieux concurrentiel risque alors d'être très important.

631. Deuxièmement, l'accroissement de l'incertitude juridique par le recours aux outils alternatifs à la délimitation du marché rend le risque de faux positif, en d'autres termes de condamnation à tort d'une entreprise qui a pleinement joué le jeu de la concurrence, particulièrement élevé⁸⁸⁹. Dans le cas d'un abus d'exploitation ou de prix excessif, le coût de l'erreur de Type I est la réduction des incitations des entreprises à investir et à innover non seulement dans les secteurs où a lieu l'intervention mais aussi dans toute l'économie. Cela entraînerait finalement une perte de bien-être du consommateur résultant de l'absence de l'introduction de produits ou de services de valeur pour lesquels il existe une demande potentielle. Ce coût est susceptible particulièrement important dans les industries dynamiques où les entreprises ne se concurrencent pas *sur* le marché mais *pour* le marché. Dans le cas d'un abus d'éviction, une décision infondée peut s'avérer excessivement coûteuse, d'autant plus qu'il s'agit d'un domaine d'intervention privilégié de la Commission européenne. Le recours aux outils quantitatifs alternatifs met le juge dans la situation où il doit arbitrer entre des modèles présentant des *scenarii* différents pour une même pratique. Or, utiliser des outils qu'il ne peut pas totalement maîtriser, et notamment dans une situation d'asymétries d'information, peut créer le risque que le juge soit dans une certaine mesure manipulé par les parties et leurs experts économistes. En particulier, le fait que l'éviction anticoncurrentielle est appréciée par le critère de concurrent aussi efficace accroît le risque de prohiber des pratiques pourtant conformes aux règles de la concurrence. Ainsi, loin d'éclairer la décision, le recours aux outils alternatifs à la délimitation du marché pertinent rend fort le risque de faux positif. Une telle décision erronée a pour conséquences de priver les consommateurs de baisses de prix potentielles.

⁸⁸⁹ Voir F. MARTY & J. PILLOT, « Droits de propriété intellectuelle et théorie des facilités essentielles : les divergences transatlantiques en matière de politiques de la concurrence », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 129-130, p. 277-300.

632. Les consommateurs peuvent également se voir privés de bien-être social ou subir des augmentations des prix des produits et des services par une interdiction ou une autorisation à tort d'une opération de concentration.

b. En matière de contrôle des concentrations

633. Le contrôle des concentrations est le domaine de la concurrence qui a le plus bénéficié des apports de la science économique⁸⁹⁰. Il s'agit également du domaine pour lequel les conséquences de décisions erronées et des annulations pouvant en résulter peuvent s'avérer les plus dommageables, tant pour les entreprises concernées que pour l'économie en général. Les coûts des erreurs de Types I et II dans la décision du contrôle des concentrations ne sauraient être considérés comme équivalents. En effet, le coût suscité par l'acceptation initiale d'une opération anticoncurrentielle qui se voit à terme interdite (*faux négatif*) est beaucoup plus élevé que le rejet d'une concentration socialement efficace (*faux positif*). La jurisprudence européenne en la matière est marquée par quatre annulations fameuses⁸⁹¹ de décisions de la Commission européenne par le TPI dont l'une concerne l'annulation d'une acceptation lorsque la fusion était déjà effective. Heureusement que cette annulation de l'acceptation n'a pas été validée par la CJCE⁸⁹² et la fusion a pu éviter à un détricotage des liens des deux entités fusionnées qui aurait été, dans le cas contraire, excessivement coûteux.

634. Dans tous ses quatre arrêts, le Tribunal a annulé les décisions de la Commission européenne sur la base de défauts de raisonnement économique, duquel il est attendu de permettre de rendre des décisions plus robustes et de doter les entreprises d'un cadre clair et prévisible. Or, il existe au moins deux facteurs qui démontrent qu'assigner un rôle de renforcement de la robustesse des décisions de concentrations et de la prévisibilité aux outils économiques au détriment de la délimitation du marché pertinent ne permet pas de réduire les risques d'erreurs quelle qu'en soit la nature. Tout d'abord, les méthodes économiques, précisément les tests UPPs, ne reposent pas sur des fondements analytiques et empiriques

⁸⁹⁰ W. E. KOVACIC & C. SHAPIRO, « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, 2000, p. 43-60.

⁸⁹¹ Arrêts du TPICE du 13 juill. 2006, *Impala c./Commission*, T-464/04, *Rec.* p. II-2289 ; du 14 déc. 2005, *General Electric c./Commission*, T-210/01, *Rec.* p. II-5575 ; du 6 juin 2002, *Airtours plc c./Commission*, T-342/99, *Rec.* p. II-2585 ; du 25 oct. 2002, *Tetra Laval BV c./Commission*, T-5/02, *Rec.* p. II-4381.

⁸⁹² Arrêt de la CJCE du 10 juill. 2008, *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c./Impala*, C-413/06, *Rec.* p. I-4951.

suffisamment établis pour ne pas être remis en question. En effet, ces méthodes reposent sur un ensemble d'hypothèses fondées sur l'application de modèles de certaines théories économiques (plutôt que d'autres) et non sur la construction d'un cadre général. En l'absence d'une théorie générale, il ne saurait pas être garanti que les entreprises agissent dans un contexte de réelle sécurité juridique quant aux décisions des autorités de la concurrence. D'autre part, les difficultés d'interpréter les enseignements de chacune des hypothèses, qui ne réunissent même pas un consensus de la communauté d'économistes, renforcent le risque d'annulation des décisions en appel. Ainsi, avec un nombre déconcertant de différents modèles entre lesquels il faut faire un choix, on peut légitimement se poser la question de ce qui peut constituer une vérification ou une falsification de l'un d'entre eux⁸⁹³.

635. Ensuite, le principe de construction de la politique de la concurrence européenne repose sur la volonté que les décisions soient fondées sur des règles prévisibles et indépendantes de choix discrétionnaires de l'administration et des juges⁸⁹⁴. Or, la prise en considération des méthodes économétriques, mettant les juges dans la situation où ils doivent faire le choix entre les modèles économiques à utiliser, renforce ce caractère discrétionnaire de leurs décisions, les rendant de cette manière moins prévisibles pour les entreprises. Par conséquent, l'évolution qui fait remplacer les indicateurs de structure de marché découlant de la délimitation du marché pertinent par des indices économiques directs découlant de ces méthodes serait paradoxale. Un tel remplacement, s'il était fait, ne permettrait pas de garantir un niveau de certitude satisfaisant mais au contraire risquerait de renforcer l'insécurité juridique.

636. Conclusion du 3. Il ressort de ces différents points que loin de permettre de fournir des règles objectives pour la Commission ainsi qu'une application prévisible et transparente de la législation de la concurrence pour les entreprises, les méthodes économiques alternatives à la délimitation du marché apparaît comme un relief aggravant les situations d'insécurité juridique. Cela augmenterait par conséquent le risque d'erreur de décision.

637. Conclusion du A. Comme ailleurs, la communauté des entreprises attend des règles qui permettent la sécurité juridique. Or, l'utilisation exclusive des outils alternatifs à la place de la

⁸⁹³ F. M. FISHER, « Organizing Industrial Organization: Reflections on the Handbook of Industrial Organization », *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, vol. 1991, p. 201-240, spéc. p. 211.

⁸⁹⁴ Quand bien même la CJUE reconnaît à la Commission européenne une marge d'appréciation en matière économique ou technique. A cet égard, voir arrêt du Tribunal du 17 sept. 2007, *Microsoft Corp. c./Commission*, T-201/04, *Rec.* p. II-3601.

délimitation du marché pertinent risque de bouleverser la démarche d'ensemble conduisant à la qualification et à l'applicabilité des règles de la concurrence. L'insécurité juridique provoquée par ces outils compromet leurs espoirs suscités. Cela explique en partie une réticence des juges européens de la concurrence à utiliser des outils techniques qu'ils ne peuvent pas totalement maîtriser et qui paraissent dans une certaine mesure manipulables par les parties concernées et leurs experts économiques.

638. Transition. Le droit de la concurrence est appliqué et mis en œuvre par divers acteurs et institutions. Dès lors, l'adoption des nouveaux outils sera inutile si les organismes compétents ne sont pas capables de les appliquer dans la pratique.

B. Les conséquences juridiques juridictionnelles

639. La mise en œuvre efficace des règles de la concurrence dépend de la capacité des institutions compétentes et des juges. À part l'UE et les États-Unis, dans la plupart des pays dotés d'un droit de la concurrence, les autorités de la concurrence n'ont pas de capacité institutionnelle bien développée afin d'utiliser pleinement l'apport économique. Le même problème se pose pour les juges, y compris même les juges européens et américains, qui n'ont généralement pas la même formation que les économistes professionnels. Par conséquent, le remplacement de la délimitation du marché pertinent par les méthodes économétriques sophistiquées créera un écart non négligeable entre les tâches que les juges sont tenus d'exercer et celles qu'ils seront dans la réalité capables d'exercer⁸⁹⁵ (1). Par ailleurs, le processus de mondialisation économique encourage les transactions de dimension internationale et les pratiques transfrontalières se multiplient. Cela appelle à une coopération étroite et efficace entre autorités de façon que l'application contraignante de la législation de la concurrence parvienne effectivement à prévenir ou faire cesser les pratiques anticoncurrentielles. Or, tant qu'il existe une pluralité d'analyses de fond sur une même opération ou pratique, le risque de décisions contradictoires persistera. L'utilisation des outils alternatifs à la délimitation du marché par certains pays seulement aggrave donc le problème d'alignement international, lequel devient crucial pour des entreprises internationales (2).

⁸⁹⁵ J. B. BAKER & T. F. BRESNAHAN, « Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power », in P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Massachusetts, 2008, p. 1-42, spéc. p. 29.

1. Les contraintes institutionnelles

640. L'utilisation des analyses économétriques complexes nécessite que les autorités et les institutions disposent d'un savoir-faire économique et de ressources pour les mettre en œuvre. Actuellement, la Commission européenne et le *Department of Justice* américaine sont les deux institutions de la concurrence mondiales qui sont les plus équipées et capables d'adopter de tels outils sophistiqués dans la pratique. En effet, en 2003 a été créé, au sein de la Direction générale de la concurrence, un poste d'économistes en chef qui est à la tête d'une équipe d'économistes de trente personnes⁸⁹⁶ dont la plupart sont docteurs expérimentés en économie industrielle. À leur côté, un Groupe consultatif sur la politique de la concurrence (EAGCP) a été constitué, composé de vingt économistes européens principalement universitaires. L'équipe d'économistes a le rôle d'assister la Commission dans la réalisation des études économiques sur des dossiers concrets. À l'autre côté de l'Atlantique, le groupe d'analyse économique de la *Division Antitrust* du DOJ américain constitué de cinquante docteurs en économie a à sa tête le Député assistant avocat général (*Deputy Assistant Attorney General*)⁸⁹⁷. En particulier, la *Division* développe une expertise sectorielle, actuellement très recherchée, même dans l'Union européenne, et un programme de recherche actif qui lui permettent de répondre efficacement aux analyses fournies par les entreprises. Le groupe d'analyse économique travaille main dans main avec les juristes et participe dans toutes les phases d'examen d'un dossier.

641. Pourtant, dans la mesure où la plupart des autorités de la concurrence⁸⁹⁸, notamment des jeunes autorités comme le cas du Vietnam, ne disposent pas d'une telle ressource, l'utilisation de la délimitation du marché, qui est une approche moins à la pointe mais plus solide, est plus souhaitable.

642. Il importe de souligner que même si les autorités de la concurrence sont capables d'adopter les outils économétriques et les utilisent dans leurs analyses, il existe encore un grand

⁸⁹⁶ Selon le rapport annuel de la DG de la concurrence de 2016, disponible sur le site http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/developments_2016_2017_en.pdf (consulté le 4 novembre 2018).

⁸⁹⁷ <https://www.justice.gov/atr/about-division/economic-analysis-group> (consulté le 4 novembre 2018).

⁸⁹⁸ Les autorités de la concurrence de certains États membres de l'UE ont suivi la Commission européenne en établissant un service économique au sein de leur autorité. En France, le service économique établi au sein de l'autorité de la concurrence est composé d'une équipe de 6 économistes et d'un expert-financier. En Allemagne, l'équipe économique au sein du *Bundeskartellamt* est composée de 56 économistes. Au Royaume-Uni, 80 économistes sont actuellement rattachés à la CMA. En revanche, dans les juridictions moins établies, qui présentent la majorité, à savoir des pays en Asie du Sud-est, en Amérique du Sud, en Afrique ou même en Europe de l'Est, ils n'ont pas d'économistes au sein de leurs autorités de la concurrence.

problème qu'implique le remplacement de la délimitation du marché par les outils alternatifs : la capacité des juges d'appliquer ces techniques économétriques. Cette contrainte se pose aux deux côtés de l'atlantique. En effet, les juges ne sont pas les économistes et n'ont pas à l'être⁸⁹⁹. Ils disposent donc de connaissances économiques plutôt limitées et subissent par ailleurs la contrainte de temps inhérente au temps du procès. Mais ces contraintes ne sont pas les seules. Les particularités de la position des juges impliquent qu'ils ne peuvent pas s'appuyer exclusivement ou même quasi-exclusivement sur des méthodes économétriques en ignorant la normalité propre du droit⁹⁰⁰.

643. Avec la délimitation du marché, les tribunaux et les autorités de la concurrence qui ne sont pas dotés d'économistes hautement qualifiés peuvent toutefois s'appuyer sur certaines bases en vue de rendre des décisions antitrust.

644. Comme l'a souligné CARLTON, il est malavisé de préconiser, de quelque manière que soit, aux tribunaux d'abandonner l'utilisation du marché pertinent dans l'analyse des effets des fusions sur la concurrence car en l'absence de délimitation des marchés pertinents, les tribunaux rendraient vraisemblablement davantage de jugements erronés⁹⁰¹.

645. La situation apparaît aussi critique lorsque la fusion ou une pratique doit être examinée par plusieurs autorités de la concurrence qui adoptent des méthodes d'analyses de fond différentes. Dans de tels cas, on se trouve face à un sérieux problème de portée internationale car les décisions à propos d'une même opération ou pratique risquent d'être contradictoires.

⁸⁹⁹ G. CANIVET, Préface à Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 2. À la Cour de Justice de l'Union européenne, on ne peut citer que très peu nombre de juges formés à l'économie, à savoir Jacques Rueff, formé à la science et à l'économie, premier juge français nommé à la CJCE ; René Joliet, juge belge à la CJCE de 1984 à 1995.

⁹⁰⁰ A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 241. Sur ce point, certains peuvent faire valoir que les juges peuvent utiliser son pouvoir d'ordonner des expertises économiques. Or, les difficultés relatives à l'expertise économique ne sont pas minces non plus. À cet égard, voir G.CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », in M.-A. FRISON-ROCHE & D. MAZEAUD, « *L'expertise* », Dalloz, collection Thèmes et Commentaires, 1995, p. 51-61; M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Les Petites Affiches*, Journaux judiciaires associés, 2005, p. 37-45 ; B. VESTERDORF, « Economics in Court: Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », in M. HOHANSSON, N. WAHL & U. BERNITZ (dir.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 505-524 ; G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ com.*, 1992, p. 185-204 ; R. LECOURT, « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, doctrine, p. 741-748.

⁹⁰¹ D. W. CARLTON, « Revising the Horizontal Merger Guidelines », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, issue 3, 2010, p. 619-652.

2. L'alignement international

646. À ce jour, cent trente pays⁹⁰² dans le monde sont dotés d'un droit de la concurrence dont certains s'inspirent des régimes de droit de la concurrence matures et bien établis à savoir ceux de l'UE et des États-Unis. Par conséquent, l'évolution dans ces juridictions peut avoir un impact plus ou moins important sur les juridictions moins expérimentées, constituant un obstacle à la coopération internationale dans la mise en œuvre efficace et cohérente du droit de la concurrence. Cette coopération⁹⁰³ est particulièrement importante dans une économie de plus en plus mondialisée où on assiste à une multiplication des transactions de dimension internationale et des pratiques anticoncurrentielles transfrontalières. Nous avons vu dans le premier titre de la thèse que la délimitation du marché a une application large et joue un rôle essentiel dans les analyses substantielles des problèmes de concurrence. Si elle est remplacée par des outils alternatifs dans certaines juridictions mais pas dans d'autres, les approches d'analyse suivies par chacune deviennent complètement différentes. Par conséquent, l'évaluation des opérations de concentrations internationales et des pratiques transfrontalières risque de mener plus souvent à des conclusions contradictoires. Cette situation est en particulier critique en matière de contrôle des concentrations lorsque les opérations transnationales doivent être notifiées à différentes autorités de la concurrence. La fusion *Boeing/Mc Donnell Douglas*⁹⁰⁴ est une belle illustration de la coopération internationale, en l'espèce, entre l'UE et les États-Unis, mais aussi du problème de décision divergente rendue pour une même opération de concentration. *Boeing* et *Mc Donnell Douglas* sont les deux plus grands constructeurs aéronautiques américains qui ont décidé de fusionner le 14 décembre 1996. L'opération a été notifiée à la *Federal Trade Commission* (FTC) le 29 janvier 1997 sous le fondement de la Section 7A du *Clayton Act* et à la Commission européenne le 18 février 1997 sous le fondement de l'article 4 de l'ancien Règlement 4064/1989. La FTC a pris la décision de manière majoritaire de ne pas s'opposer à la fusion tandis que la Commission européenne semblait vouloir, à un moment donné, l'interdire dans son intégralité.

⁹⁰² OCDE estimait en 2014 à environ 120 pays ceux dotés d'une autorité de la concurrence et 130 ceux dotés d'un cadre juridique de la concurrence. Voir OCDE, *Coopération internationale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*, 2014, disponible sur le site <https://www.oecd.org/daf/competition/Coop%C3%A9rationinternationale2013.pdf> (consulté le 4 novembre 2018).

⁹⁰³ *Id.*, v. également CNUCED, « Modalités et procédures de coopération internationale dans les affaires de concurrence qui concernent plus d'un pays », TD/B/C.I/CLP/21, 26 avril 2013 ; CNUCED, « Coopération informelle intervenant dans certains cas entre organismes de concurrence », TD/B/C.I/CLP/29, 28 avril 2014.

⁹⁰⁴ Décision de la FTC du 1^{er} juillet 1997, *Boeing Company/McDonnell Douglas Corp.*, file n° 971-0051; Décision de la commission du 30 juillet 1997, IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, JOCE L 336 du 8 déc. 1997.

C'était en dépit du fait que les deux autorités se consultaient conformément à l'Accord de Coopération Bilatérale UE-États-Unis en matière de concurrence⁹⁰⁵ et prenaient en compte les préoccupations de chacun. Les décisions divergentes des deux autorités ont été dues aux approches respectivement différentes⁹⁰⁶. C'est comme le directeur général de la Direction générale de la concurrence, à l'époque Alexander SCHAUB, a reconnu que « *les procédures de notification et de consultation et les principes de courtoisie traditionnelle et positive nous permettent d'aligner nos approches respectives dans le cas d'intérêts communs, mais il n'existe aucun mécanisme de résolution des conflits en cas de divergence substantielle d'analyse*⁹⁰⁷ ». La Commission européenne a finalement donné une approbation conditionnelle, obligeant Boeing à faire plusieurs concessions tant structurelles que comportementales.

647. Plus récemment, la fusion *Oracle/PeopleSoft*⁹⁰⁸ a été examinée à la fois par les autorités de la concurrence américaine et européenne. L'opération a été interdite par le DOJ mais approuvée sans condition par la Commission européenne à l'issue des analyses en Phase II. En effet, les points de vue et les actions des deux autorités divergeaient considérablement sur un certain nombre de questions à savoir la théorie de l'atteinte à la concurrence, l'application de la théorie des effets unilatéraux et particulièrement les questions de preuve⁹⁰⁹.

648. Les décisions divergentes sont exposées également en matière d'abus de position dominante. À ce titre, l'affaire *Microsoft*⁹¹⁰ constitue un exemple évocateur. Le 24 mars 2004, la Commission européenne a rendu sa décision déclarant l'abus de position dominante commis par Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC et des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail. Elle lui a donc infligé une amende de plus de 497 millions

⁹⁰⁵ Disponible sur le site <http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/usa01.pdf> (consulté le 4 novembre 2018).

⁹⁰⁶ Voir E. J. STOCK, « Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell Douglas Merger: Avoiding another Near-miss », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20, n° 4, 1999, p. 825-909; A. A. KARPEL, « The European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas merger and the Need for Greater U.S-EU Cooperation in the Merger Field », *The American University Law Review*, vol. 47, 1998, p. 1029-1069.

⁹⁰⁷ A. SCHAUB, « International Cooperation in Antitrust Matters: Making the Point in the Wake of the Boeing/MDD Proceedings », *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 4, n° 1, fév. 1998, p. 2-5.

⁹⁰⁸ *U.S. and Plaintiff States v. Oracle Corp.*, case No. 04 0807 (JCS), 26 Feb. 2004, disponible sur le site <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-177> (consulté le 4 novembre 2018) ; décision de la commission du 26 oct. 2004, COMP/M.3216, *Oracle/PeopleSoft*, JOUE L 218 du 23 août 2005.

⁹⁰⁹ Voir T. VINJE & D. PAEMEN, « Transatlantic issues in the European merger review of Oracle/PeopleSoft: harmonious dissonance », in P. MARSDEN (dir.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 16-40.

⁹¹⁰ Décision de la commission du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, JOUE L 032/23 du 6 fév. 2007.

d'euros et l'a obligé à mettre à disposition de ses concurrents les informations techniques nécessaires pour assurer l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail avec Windows. La Commission a également décidé que Microsoft devrait désormais proposer aux constructeurs d'ordinateurs des versions de Windows non dotées de son logiciel de lecture multimédia Media Player. Cette décision a clairement déçu les autorités américaines⁹¹¹ qui avait conclu, après la proposition d'un certain nombre d'engagements de Microsoft, un accord avec celui-ci plus de deux ans avant la décision de la Commission européenne⁹¹².

649. Un nombre abondant d'affaires examinées à la fois par plusieurs juridictions et particulièrement par les autorités européenne et américaine⁹¹³ montrent l'importance d'un alignement international en matière de concurrence. Alors que la délimitation du marché pertinent est largement adoptée par la plupart des juridictions et facile à appliquer, son remplacement par d'autres outils plus sophistiqués ne renforce que la divergence des règles.

650. Conclusion du B. Les implications institutionnelles de l'omission de la délimitation du marché en faveur des méthodes économétriques sophistiquées ne doivent pas être considérées comme négligeables. D'une part, ces méthodes se fondent sur des concepts bien plus intuitifs que

⁹¹¹ Dès le lendemain de l'arrêt du TPICE confirmant en grande partie la décision de la Commission européenne du 24 mars 2004, le directeur de la Division antitrust du DOJ Thomas O. BARNETT a publié un communiqué de presse soulignant que « nous sommes [...] préoccupés par l'application unilatérale par le Tribunal de Première Instance qui, plutôt que d'aider les consommateurs, pourrait avoir la conséquence malheureuse de les défavoriser en entravant l'innovation et en décourageant la concurrence. Aux Etats-Unis, les règles de l'antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents. En l'absence d'une atteinte avérée aux consommateurs, toutes les firmes, y compris les entreprises en position dominante, sont encouragées à se concurrencer vigoureusement. Les tribunaux américains reconnaissent les bénéfices potentiels pour les consommateurs quand une firme, même en position de leadership, prend unilatéralement la décision d'investir, par exemple en ajoutant des fonctionnalités à ses produits ou en octroyant des licences d'exploitation à des rivaux, ou en refusant de le faire » (nous traduisons), disponible sur le site https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.htm (consulté le 4 novembre 2018).

⁹¹² Communiqué de presse du DOJ du 2 nov. 2001, « Department of Justice and Microsoft Corporation Reach Effective Settlement on Antitrust Law suit », disponible sur le site https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2001/9463.htm (consulté le 4 novembre 2018).

⁹¹³ Voir Décision de la commission du 3 juill. 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, JOUE L 48 du 18 fév. 2004. Le projet de fusion a été approuvée le 2 mai 2001 par le DOJ, voir communiqué de presse « Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell », disponible sur le site https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2001/8140.pdf; décision de la commission du 18 jan. 2000, *Air Liquide/BOC*, COMP/M.1630, JOUE L 92 du 30 mars 2004. La FTC a pratiquement interdit l'opération, ce qui a poussé les parties à abandonner le projet de fusion avant que la décision ne soit rendue ; décision de la commission du 8 juill. 1998, *Worldcom/MCI*, COMP/M.1069, JOCE L 116 du 4 mai 1999. Le DOJ a donné le 15 juill. 1998 à la fusion une autorisation conditionnelle, voir communiqué de presse « Justice Department Clears Worldcom/MCI Merger After MCI Agrees to Sell Its Internet Business », disponible sur le site https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1998/1829.htm (consulté le 4 novembre 2018).

les méthodes traditionnelles tandis que son application nécessite une ressource hautement qualifiée en économie, ce qui n'est pas évident dans la plupart des juridictions. D'autre part, ce remplacement augmenterait les défis auxquels les autorités de la concurrence sont confrontées pour mettre en place des mécanismes de coopération en vue d'une mise en œuvre efficace et cohérente du droit de la concurrence dans le cas des affaires de concurrence transfrontières.

651. Conclusion du §1. Les analyses qui précèdent ont mis en lumière des conséquences juridiques que pourrait avoir l'utilisation exclusive des outils économiques en remplacement de la délimitation du marché pertinent. D'un point de vue technique, les outils économiques créent en eux-mêmes une forte insécurité juridique non seulement au niveau des anticipations des opérateurs du marché mais aussi au niveau de leur activation par les tribunaux. Nous avons vu que la détection directe d'effets anticoncurrentiels ne permet pas le même type de « portabilité ». Les effets décrits dans une affaire ne permettant pas nécessairement de tirer des déductions dans une autre. En outre, la variabilité des résultats produits par ces outils peut entraîner un vaste éventail d'évaluations plausibles, ce qui accroît le risque de voir des décisions renversées par les juridictions d'appel. Et ce alors que les erreurs de la prise de décisions sont parfois excessivement coûteux, en particulier en matière de contrôle des concentrations. L'utilisation exclusive des outils économiques pourrait également surcharger aux autorités de la concurrence l'examen de toutes les affaires quelle que soit l'ampleur de l'atteinte à la concurrence. Cela va tout à fait à l'encontre de l'objectif d'une mise en œuvre efficace du droit de la concurrence. D'un point de vue juridictionnel, les conséquences peuvent être plus ou moins sévères, selon le système juridique et les ressources des organismes compétents. Dans l'UE, même si la Commission européenne est capable d'adopter des outils économiques, les juges européens ne sont pas des économistes pour appliquer des techniques économiques sans être manipulés par les parties en cause. Aussi les particularités de leur position font-elles qu'ils ne peuvent pas s'appuyer exclusivement sur des méthodes économétriques en ignorant la normalité propre du droit. Il ne faut pas oublier que la CJUE reste tout de même la juridiction statuant en dernier ressort dans l'ordre juridique européen. Dernièrement, le remplacement de la délimitation du marché par ces outils économiques sophistiqués ne renforce que l'écart d'alignement international, ce qui risque de mener plus souvent à des conclusions contradictoires dans les affaires transfrontalières.

652. En conclusion, une approche radicalement modifiée qui pourrait se traduire par une suppression pure et simple de la délimitation du marché pertinent est irréaliste. Dans certaines circonstances toutefois, un remplacement partiel de la délimitation du marché et une utilisation complémentaire des nouvelles méthodes peuvent être envisageables.

§2. Le remplacement partiel et le recours complémentaire à d'autres outils

653. La délimitation du marché pertinent est une approche souple qui permet d'analyser un vaste éventail de problèmes de concurrence. Il ne s'agit cependant pas d'approche pertinente lorsqu'il faut étudier des affaires très spécifiques. Dans le cas de ces affaires, des nouvelles approches s'avèreraient plus efficaces et pourraient substituer l'approche traditionnelle (A). La possibilité de cette substitution est prévue dans les circonstances particulièrement exceptionnelles où les données permettent de le réaliser. Dans la pratique, les évolutions récentes indiquent qu'une utilisation complémentaire de l'approche traditionnelle avec ces nouvelles méthodes aura sa préférence (B).

A. Le remplacement partiel

654. Les méthodes économiques sont fondées sur un modèle de concurrence particulier. Elles ne peuvent pas être considérées comme une alternative fiable à la délimitation du marché pertinent dans toutes les affaires. Toutefois, dans certaines circonstances où ce modèle convient raisonnablement bien à l'industrie, elles seraient mieux adaptées que l'approche traditionnelle. C'est le cas des fusions dans les marchés de produits différenciés où la concurrence se livre à la Bertrand (2). En matière d'abus de position dominante, il peut également exister certaines situations où les preuves des effets anticoncurrentiels sont claires et incontestables, ce qui permettrait de se dispenser de délimiter un marché pertinent (1). Il existe un troisième cas pour lequel l'omission de la délimitation du marché est largement partagée dans la communauté d'antitrust : les marchés dynamiques et innovants sur lesquels la concurrence se livre *pour* le marché (3).

1. En matière d'abus de position dominante

655. Compte tenu du manque de robustesse et des immenses difficultés que posent les méthodes des effets directs dans l'appréciation d'un abus de position dominante, la majorité de

la communauté universitaire est arrivée à la conclusion que ces méthodes ne peuvent être utilisées que dans une certaine circonstance particulière où elles permettent de fournir des preuves incontestables des effets anticoncurrentiels⁹¹⁴. Cette situation pourrait être observée en matière d'abus d'exploitation. Dans de telles circonstances particulières, la délimitation du marché pertinent ne serait pas nécessaire.

656. Avant d'entrer dans l'analyse de fond des preuves directes apportées par les méthodes économiques, il importe de souligner dans quelles circonstances ces preuves peuvent constituer des preuves directes et incontestables d'une pratique de prix excessifs. Malgré l'existence de la divergence, l'examen des études menées⁹¹⁵ montre que les conditions souvent évoquées sont au nombre de trois : (i) la détention d'une position monopole ou quasi-monopole, (ii) l'existence des barrières à l'entrée fortes et durables, et (iii) l'impact sur l'investissement et l'innovation.

657. Tout d'abord, il est convenu qu'une entreprise ne peut pas être considérée comme étant en position dominante ou de monopole si sa position n'est pas protégée par des barrières à l'entrée élevées et durables⁹¹⁶. Celles-ci étant analysées en détails dans le premier chapitre, les développements suivants vont se concentrer sur les deux conditions restant. D'ailleurs une fois la position de monopole déterminée, de manière directe ou indirecte, cela permet de connaître le marché en cause sur lequel les barrières à l'entrée sont identifiées et appréciées.

658. Concernant la première condition, il s'agit de la position de monopole ou quasi-monopole (position dite super-dominante) occupée par l'entreprise concernée lui permettant de fixer des prix excessifs. Lorsqu'une entreprise jouit des droits spéciaux ou exclusifs, existants ou passés, accordés par l'autorité publique, elle est considérée comme étant en position monopole sur le

⁹¹⁴ F. JENNY, « *Quand on constate qu'une entreprise pratique une politique de prix de prédation sur un produit homogène, c'est incontestablement qu'elle occupe une position dominante et met en œuvre une pratique anticoncurrentielle [...]. Il n'est donc pas certain que dans tous les cas il soit besoin de se livrer à de longues études sur la définition du marché parce qu'on est en face de quelque chose qui est nécessairement et automatiquement anticoncurrentiel* », in Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc.

⁹¹⁵ D. S. EVANS & A. J. PADILLA, « Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1, issue 1, 2005, p. 97-122 ; R. O'DONOGHUE & A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2^e éd., 2013, p. 732-776 ; L.-H. RÖLLER, « Exploitative Abuses », in EHLERMANN & MARQUIS (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 525-532 ; A. FLETCHER & A. JARDINE, « Towards an Appropriate Policy for Excessive Policy », in EHLERMANN & MARQUIS (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82*, op. cit., p. 533-545 ; E. PAULIS, « Article 82 EC and Exploitative Conduct », in EHLERMANN & MARQUIS (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82*, op. cit., p. 515-524.

⁹¹⁶ V. *infra*, n°106 et s.

marché⁹¹⁷ (monopole de droit). Dans de tels cas, il n'est pas nécessaire que le marché pertinent soit délimité afin de déterminer la position dominante de l'entreprise. L'accent est mis sur la démonstration de l'abus d'une telle position. À cet égard, l'exploitation abusive d'une position de monopole légal peut être appréciée par la preuve d'une fixation des prix très largement supérieurs au coût total moyen⁹¹⁸ (*Average total cost – ATC*). En l'absence de coûts communs importants, l'ATC, qui est la moyenne du coût variable moyen et du coût moyen fixe de production, peut être calculé sans beaucoup de difficultés. Etant donné que l'appréciation des prix excessifs ne peut pas être dissociée de l'étude des coûts, l'apport le plus important des méthodes économiques réside dans le fait qu'elles permettent de déterminer une référence de coût appropriée à partir de laquelle l'excessivité des prix sera ensuite appréciée. L'étape suivante consistant à la détermination du seuil au-delà duquel un prix est qualifié d'excessif est plutôt un choix politique auquel l'économie ne peut contribuer que peu⁹¹⁹. Dans ce contexte, une preuve claire d'une exploitation abusive d'une position de monopole se traduit par un seuil incontestablement élevé. Ce raisonnement a été utilisé tant par la Commission que par la CJUE. Dans l'affaire *British Leyland*, la redevance de la délivrance des certificats de conformité pour les véhicules à conduite à gauche a été jugée excessive par la Commission européenne. Elle augmentait de 600% au cours de la période considérée⁹²⁰. De même, la Commission craignait dans l'affaire *ITT Promedia/Belgacom*⁹²¹ que les prix facturés par l'opérateur historique de téléphonie belge Belgacom aux éditeurs d'annuaires téléphoniques soient supérieurs de 100% aux coûts de la collecte, du traitement et de la fourniture de données aux éditeurs de répertoires. L'affaire a été réglée par l'accord entre la Commission et Belgacom avant l'adoption d'une décision formelle⁹²².

⁹¹⁷ Arrêts de la CJCE du 30 avril 1974, *Sacchi*, C-155/73, *Rec.* p. 409 ; du 10 déc. 1991, *Merci Convenzionali porto di Genova SpA c./Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, *Rec.* p. I- 5889.

⁹¹⁸ D. S. EVANS & A. J. PADILLA, « Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules », *préc.*, p. 119.

⁹¹⁹ M. WILLIAMS, « Excessive Pricing », in Swedish Competition Authority, *The Pros and Cons of High Prices*, 2007, p. 128-153, spéc. p. 152

⁹²⁰ Décision de la commission du 2 juill. 1984, IV/30.615, *British Leyland*, JOCE L 207 du 2 août 1984, para. 28; arrêt de la CJCE du 11 nov. 1986, *British Leyland c./Commission*, C-226/84, *Rec.* p. 3263, para. 25.

⁹²¹ Voir la Lettre de la Commission européenne envoyée à la partie plaignante *ITT Promedia* le 21 mai 1996, IV/35.268, *ITT Promedia/Belgacom*.

⁹²² V. Communiqué de presse de la Commission européenne du 11 avril 1997, « Accord avec Belgacom concernant la publication des annuaires téléphoniques – ITT retire sa plainte », IP/97/292.

659. Ensuite, il s'agit de la question du risque d'empêcher l'investissement et l'innovation⁹²³ par la pratique de prix excessif. À cet égard, il convient de rappeler que l'intérêt du consommateur ne réside pas dans le seul facteur de prix bas. Il est aussi reflété par son bénéfice des produits ou services innovants et de qualité. Or, lorsque la situation de monopole rend inefficace la concurrence sur le marché, l'entreprise en position de monopole est moins incitée à investir et à innover car sa position lui permet de tirer des profits énormes tout en étant protégée par les barrières à l'entrée élevées et durables.

660. Dans les affaires d'abus d'exploitation où ces trois conditions sont cumulativement satisfaites, la délimitation du marché pertinent pourrait ne pas être nécessaire. Cette omission de la délimitation du marché est également possible dans certains cas en matière de concentration.

2. En matière de fusions

661. Les méthodes économiques sont fondées sur un modèle de concurrence particulier. Lorsque ce modèle s'adapte bien à la situation d'un secteur particulier, les méthodes économiques pourraient permettre d'évaluer des effets concurrentiels sans que soit délimité le marché pertinent. Il s'agit du cas de l'évaluation des effets unilatéraux d'une opération de concentration sur un marché oligopole de produits différenciés où la concurrence se livre à la Bertrand⁹²⁴. Dans cette circonstance, des modèles de simulation de fusions s'avèrent de la plus grande utilité. En effet, un modèle de simulation de fusion est calibré de manière à ce que l'équilibre de Nash⁹²⁵ non coopératif reproduise les prix et les quantités observés dans le secteur. L'impact d'une fusion est simulé en calculant les nouveaux prix et les nouvelles quantités dans l'équilibre de Nash non coopératif après la fusion. Les effets unilatéraux de la fusion sont déterminés en calculant l'écart de prix et de quantité entre l'équilibre en vigueur avant la fusion et celui opérant après la fusion⁹²⁶. En général, la mise en œuvre d'une véritable simulation de fusions exige de nombreuses données et est un exercice difficile et très long. Toutefois, il existe

⁹²³ V. *supra.*, n° 430 et s.

⁹²⁴ V. G. J. WERDEN, Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers I: Basic Concepts and Models, in ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy*, éd., W.Dale Collins, 2008, p. 1319-1341, spéc. p. 1339 et s.

⁹²⁵ V. J. F. NASH, « Equilibrium Points in N-person Games », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 1950, vol. 36, n° 1, p. 48-49; « The Bargaining Problem », *Econometrica*, vol. 18, n° 2, 1950, p. 155-162; « Two person Cooperative Game », *Econometrica*, vol. 21, n° 1, 1953, p. 128-140.

⁹²⁶ V. G. J. WERDEN & L. M. FROEB, Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers, in P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, vol. 43, MIT Press, 2008, chapter 3.

des modèles de simulation simplifiés qui sont proposés afin d'estimer les effets d'une fusion sans que l'analyse ne requière trop de données. L'*Antitrust Logit Model* (ALM), le *Proportionally Calibrated Almost Ideal Demand System* (PCAIDS) et le *Compensating Marginal Cost Reductions* (CMCR) sont ceux proposés à cette fin. En fonction du contexte de l'affaire, les autorités de la concurrence pourraient obtenir, en vue de la mise en œuvre de ces modèles, des informations nécessaires des investigations antérieures ou même celles fournies volontairement par les parties à la fusion. Dans ces modèles, l'hypothèse est faite que les ratios de diversion sont proportionnés aux parts de marché. Partant de ce principe, une simulation de fusion peut être effectuée avec seulement des données relatives aux parts de marché, à l'élasticité-prix de la demande et à une estimation de l'élasticité-prix de la fonction de la demande agrégée⁹²⁷. En combinant ces données, la simulation de fusion permettrait de transformer utilement les données disponibles en prévision d'augmentation des prix tout en livrant de meilleurs résultats que si l'on se limite aux informations sur les parts de marché⁹²⁸. En fonction du contexte de l'affaire en question ainsi que de la disponibilité des données, ces modèles de simulation pourraient remplacer ou être utilisés en complément de la délimitation du marché. Il est toutefois utile de noter que du fait de leur simplicité, les modèles de simulation simplifiés ne permettent pas d'estimer précisément l'ampleur des effets d'une fusion sur les prix, laquelle sera appréciée en Phase II avec les versions de simulation complètes, mais constituent un outil approprié pour servir de filtre initial.

662. Si l'omission de la délimitation du marché pertinent dans les cas développés précédemment reste discutée au sein de la communauté d'antitrust, celle sur des marchés dynamiques et innovants obtient une grande unanimité de la communauté.

3. Le cas des marchés dynamiques et innovants

663. Étant donné que le secteur dynamique et innovant se caractérise par de rapides avancées technologiques, les frontières des marchés dynamiques et innovants peuvent rapidement se déplacer. La communauté d'antitrust s'est mise d'accord à l'unanimité sur le fait que l'appréciation du pouvoir de marché sur ces marchés fondée sur le facteur de parts de marché n'est pas fiable. Sur ces marchés, lorsque les preuves directes des effets anticoncurrentiels

⁹²⁷ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Choosing among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects », *European Competition Journal*, vol. 7, issue 2, 2011, p. 155-178.

⁹²⁸ *Id.*, p. 18-19.

existent et notamment lorsque les effets anticoncurrentiels sont connus et indiscutables, elles devraient être considérées comme le mode de preuve le plus direct et préféré. La délimitation du marché ne serait par conséquent plus nécessaire. Un des marchés innovants où ce mode de preuve est le plus pertinent est le marché pharmaceutique dans lequel la production est un système de production de marque. En effet, sous le régime de l'Union européenne, lorsqu'un nouveau produit pharmaceutique est mis sur le marché, il est breveté pour une durée de vingt ans et éventuellement protégé, à l'expiration de son brevet, par un certificat pour une durée supplémentaire de cinq ans⁹²⁹. Pendant ces vingt années, l'entreprise détient un droit d'exclusivité commerciale. Ce droit, qui bloque temporairement l'accès des concurrents génériques, donne aux fabricants de marques le pouvoir de fixer des prix généralement supérieurs aux coûts marginaux, générant généralement des profits substantiels, même en tenant compte des dépenses liées au R&D. L'entrée des concurrents génériques n'est donc possible qu'à l'expiration du brevet et, le cas échéant, du certificat complémentaire de protection. Pourtant, en vue de préserver leur position sur le marché et leurs profits, des entreprises de produits originaux peuvent, à l'expiration de leur droit exclusif, recourir aux stratégies dilatoires, à savoir l'extension illégale ou impropre des périodes d'exclusivité de marché, la stratégie consistant à payer des concurrents génériques pour que ces derniers n'entrent pas ou pour retarder leur entrée sur le marché. Ces stratégies entravent ou retardent l'entrée des produits génériques et par conséquent entraînent des coûts substantiels pour les systèmes de soins de santé, les consommateurs et les contribuables. Ce comportement est qualifié d'abusif de position dominante en droit européen de la concurrence. Dans ce type d'affaires, l'effet anticoncurrentiel pourrait être directement prouvé par la preuve du maintien de la position de monopole, et vice versa. Le raisonnement repose sur le fait que l'entrée des concurrents génériques fait baisser les prix des produits et que retarder cette entrée entraîne le maintien des prix élevés qui ne peuvent être pratiqués que par l'entreprise détenant un pouvoir de monopole. En effet, l'entrée des génériques initiaux est faite à des prix sensiblement inférieurs aux prix de pré-entrée exercés par les entreprises de produits princeps. Par la suite, une fois que l'exclusivité générique souvent accordée au premier entrant sur le marché des médicaments génériques expire, d'autres fabricants de génériques y entrent et le processus s'accélère. Les entreprises de génériques se font concurrence par les prix, ce qui fait

⁹²⁹ Il s'agit du mécanisme des certificats complémentaires de protection (CCP) introduit pour la première fois dans l'Union européenne en 1992, à titre d'extension d'un brevet. L'obtention d'un CCP est soumise à de nombreuses conditions.

baisser rapidement les prix vers les coûts de production et de vente à court terme. Les clients de l'entreprise de princeps réagissent rapidement en transférant leurs achats vers le produit générique⁹³⁰. Deux ans après l'entrée des génériques, les prix payés pour la molécule de médicament sont en moyenne 40% inférieurs aux prix antérieurs du princeps⁹³¹. Une fois le processus terminé, les prix payés pour la molécule de médicament, de marque et de génériques combinées, sont encore nettement inférieurs au prix du princeps. Par conséquent, l'entrée des génériques permet aux consommateurs de profiter du même produit à un coût considérablement réduit, ce qui renforce leur bien-être en ce qui concerne les produits pharmaceutiques largement utilisés.

664. Les effets pro-concurrentiels des produits génériques sont bien reconnus dans des doctrines⁹³². L'entrée retardée des produits génériques est devenue la première préoccupation de la Commission européenne en matière de concurrence du secteur pharmaceutique⁹³³. La preuve qu'une entreprise maintient, en retardant l'entrée des génériques, la pratique des prix à un niveau

⁹³⁰ Les parts de marché (en volume) des produits génériques sont de 30% environ la première année de l'expiration du brevet et de 45% la seconde année. V. Commission européenne, « Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique », 2008, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_fr.pdf (consulté le 4 novembre 2018).

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² D. M. KIRKING, F. J. ASCIONE, C. A. GAITHER & L. S. WELAGE, « Economics and Structure of the Generic Pharmaceutical Industry », *Journal of the American Pharmaceutical Association*, vol. 41, 2001, p. 578-584; J. P. BAE, « Drug Patent Expiration and the Speed of Generic Entry », *Health Services Research*, vol. 32, n° 1, p. 87-101, 1997; R. E. CAVES, M. D. WHINSTON & M. A. HURWITZ, « Patent Expiration, Entry and Competition in the U.S. Pharmaceutical Industry », *Microeconomics (Brookings Papers on Economic Activity)*, 1991, p. 1-66; R. G. FRANK & D. S. SALKEVER, « Pricing, Patent Loss and the Market for Pharmaceuticals », *Southern Economic Journal*, vol. 59, n° 2, 1992, p. 165-179; R. G. FRANK & D. S. SALKEVER, « Generic Entry and the Pricing for Pharmaceuticals », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 6, n° 1, 1997, p. 75-90; H. GRABOWSKI & J. VERNON, « Brand Loyalty, Entry and Price Competition in Pharmaceuticals After the 1984 Drug Act », *Journal of Law and Economics*, vol. 35, n° 2, 1992, p. 331-350; D.-C. SUH, W. G. MANNING, S. SCHONDELMEYER & R. S. HADSALL, « Effect of Multiple-Source Entry on Price Competition After Patent Expiration in the Pharmaceutical Industry », *Health Services Research*, vol. 35, n° 2, 2000, p. 529-547; D. REIFFEN & M. R. WARD, « Generic Drug Industry Dynamics », *Review of Economics and Statistics*, vol. 87, n° 1, 2005, p. 37-49.

⁹³³ En 2008, la Commission européenne a mené une étude approfondie sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique (Pharmaceutical Sector Inquiry). V. également Décision de la commission du 15 juin 2005, COMP/A.37.507/F3, *AstraZeneca* ; arrêt du Tribunal du 1 juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c./Commission*, T-321/05, *Rec.* p. II-2805 ; arrêt de la CJUE du 6 déc. 2012, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c./Commission*, C-457/10 P, *Rec.* numérique ; Décision de la commission du 19 juin 2013, AT.39226, *Lundbeck* ; Arrêt du Tribunal du 8 sept. 2016, *H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd c./Commission*, T-472/13, *Rec.* numérique ; décisions de la commission du 10 déc. 2013, AT. 39685, *Johnson & Johnson* ; du 9 juill. 2014, AT.39612, *Servier*. Un certain nombre d'affaires sont en cours d'investigation de la Commission européenne, à savoir l'affaire *Cephalon*, AT.39686 (la Commission européenne a adressé à Teva le 17 juillet 2017, à l'issue d'une procédure formelle d'examen en avril 2011, une communication des griefs qui concerne un accord de type « pay-for-delay » conclu avec Cephalon).

artificiellement élevé constitue, d'une part, la preuve que l'entrée sur le marché des médicaments génériques est un événement d'importance unique dont le retard provoquerait des effets anticoncurrentiels⁹³⁴. Elle constitue, d'autre part, la preuve que le marché pertinent doit être limité exclusivement à la molécule, à savoir la marque et ses équivalents génériques⁹³⁵. Ces preuves combinées à l'expérience historique sectorielle pourraient être suffisantes pour étayer la conclusion que la pratique en question induit des effets anticoncurrentiels même en l'absence de la délimitation du marché pertinent.

665. Conclusion du A. Les développements menés précédemment ont exposé trois cas exceptionnels pour lesquels la délimitation du marché pertinent ne serait pas nécessaire. Le premier cas concerne la pratique d'abus d'exploitation de position dominante. La preuve d'un tel abus peut être démontrée de manière directe par la pratique des prix incontestablement élevés, grâce aux droits exclusifs, protégée par les barrières à l'entrée élevées et susceptible d'empêcher l'investissement et l'innovation. Le deuxième cas montre la supériorité des modèles de simulation de fusions lorsqu'ils sont bien adaptés à certains marchés oligopolistiques de produits différenciés sur lesquels la concurrence se livre à la Bertrand. Dans certaines circonstances particulièrement exceptionnelles, ces modèles pourraient servir de filtre initial à la place ou en sus de la délimitation du marché pertinent. L'omission de celle-ci est largement partagée pour le troisième cas concernant les marchés dynamiques et innovants. Spécifiquement sur les marchés pharmaceutiques, la preuve du maintien du pouvoir de monopole des entreprises de princeps qui empêche ou retarde l'entrée des entreprises de génériques pourrait suffire pour conclure que la pratique produit des effets anticoncurrentiels sur le marché de la molécule en cause.

666. Transition. Force est toutefois de reconnaître que les différents outils alternatifs ont été conçus pour répondre à des cas particuliers dans le cadre desquels l'approche traditionnelle n'est pas d'une grande utilité. La mise en œuvre de ces outils dépend de la nature de la concurrence dans le secteur et de la disponibilité des données requises. Par ailleurs, il convient de souligner que lorsque les preuves directes des effets anticoncurrentiels existent, il faudrait que les

⁹³⁴ Cette approche a été adoptée par la *Federal Trade Commission* américain dans certaines affaires et soutenue par les tribunaux, v. *FTC, In the matter of Schering Plough Corp.*, Final order, Docket N° 9297, 8 Dec. 2003; *FTC c./Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (2 June 1986) ; *Valley Drug Co. c./Geneva Pharmaceuticals Inc.*, 344 F.3d 1294 (11th Cir., 2003).

⁹³⁵ E. L. CRAMER & D. BERGER, « The Superiority of Direct Proof of Monopoly Power and Anticompetitive Effects in Antitrust Cases Involving Delayed Entry of Generic Drugs », *op.cit.*

méthodes permettant d'obtenir de telles preuves soient acceptées par les tribunaux. Cela signifie que ces méthodes et la délimitation du marché peuvent coexister et ne sont pas nécessairement exclusives les unes des autres. Il s'agit également de la tendance actuelle, au moins en Europe, consistant à employer ces méthodes en sus de la délimitation du marché pertinent afin de mieux évaluer les effets concurrentiels dans les circonstances particulières et ainsi d'assurer la sécurité juridique.

B. Le recours complémentaire à d'autres outils

667. Avant de décider quel outil employer, il est nécessaire premièrement de déterminer la nature de la concurrence de l'affaire en question afin de choisir l'outil le plus adapté (1) et deuxièmement d'évaluer la disponibilité des données en vue d'apprécier la possibilité de la mise en œuvre de l'outil choisi (2).

1. La dépendance du choix des outils de la nature de la concurrence

668. Les situations de la concurrence dans des secteurs différents sont variées. Certains secteurs sont caractérisés par des produits homogènes, certains autres par des produits différenciés ou encore par de rapides avancées technologiques. La concurrence sur chaque marché d'un secteur n'est pas nécessairement la même non plus. Par conséquent, l'étude de la nature de la concurrence dans le secteur joue un rôle important permettant à l'autorité de la concurrence de choisir l'outil le plus adapté pour analyser le jeu de la concurrence.

669. En effet, si l'opération ou le comportement a lieu dans un secteur de produits homogènes dans lequel la concurrence s'exerce sur les quantités, le modèle de Cournot permettra de décrire la structure et le fonctionnement du marché. La part de marché et le degré de concentration sont dans ce cas des indices pertinents pour l'évaluation du pouvoir de marché des entreprises concernées. Par conséquent, la délimitation du marché pertinent constituera l'outil le plus adapté afin d'évaluer les effets anticoncurrentiels. Si l'opération s'opère dans un secteur de produits différenciés dans lequel la concurrence s'exerce sur les prix, le modèle de Bertrand permet mieux de comprendre le comportement des entreprises sur le marché. Sur ces marchés, la proximité des produits mesurée par les ratios de diversion est un facteur de motivation plus important que la part de marché pour augmenter les prix des produits. Il serait alors opportun d'employer les indices de pression sur les prix. Toutefois, si les ratios de diversion entre produits des entreprises

concernées sont proportionnels aux parts de marché, la part de marché et l'indice IHH demeurent utiles car ils permettraient de déduire les effets unilatéraux de l'opération. Dans ce cas, la délimitation du marché pertinent et les indices de pression sur les prix peuvent être utilisés en complément.

670. Si le secteur est soumis à des évolutions technologiques rapides, la concurrence se fait par la performance des produits, ce qui fait la part de marché d'un indicateur peu fiable. L'évolution technologique peut faire apparaître à l'avenir des substituts des produits concernés qui ne sont pourtant pas connus au moment où le marché pertinent est délimité. Par conséquent, il est délicat de délimiter le marché pertinent dans ces marchés fortement dynamiques. Dans ce cas, il est possible d'utiliser des analyses fondées sur les modèles de simulation de fusions afin d'évaluer des effets concurrentiels possible d'une fusion. En principe, il est toutefois important de délimiter le marché pertinent car la mise en œuvre des simulations nécessite l'information relative aux parts de marché des entreprises concernées. L'utilisation de la délimitation du marché pertinent et des modèles de simulation est donc également complémentaire.

671. Dans tous les cas, il convient de souligner que les outils d'analyse concurrentiels requièrent un volume de données important et leur emploi dépend largement des données dont disposent les autorités de la concurrence.

2. La dépendance du choix des outils de la disponibilité des données

672. La mise en œuvre des méthodes d'analyse concurrentielles requiert un volume et des types de données différents. Plus l'analyse est compliquée, plus le volume de données est grand. Une fois que la nature de la concurrence est déterminée, la méthode choisie à la première étape indique le type de données nécessaires pour la mettre en œuvre. Ainsi, si les autorités de la concurrence disposent des données sur les ratios de diversion et les marges, il est possible d'utiliser le GUPPI. Si, en plus de ces données, les gains d'efficience sont disponibles, les autorités peuvent employer l'UPP. Dans ces cas, cette méthode de la pression sur les prix peut substituer la délimitation du marché pour les opérations ayant lieu sur des marchés de produits différenciés. Si les autorités disposent en outre de données sur la fonction de la demande, la simulation de fusion simple est susceptible d'être appliquée et de remplacer ou de compléter l'analyse traditionnelle. Si les informations actuelles et passées du secteur sont encore disponibles, il est possible d'évaluer directement des effets anticoncurrentiels en recourant aux

simulations de fusion complètes. Dans ce cas, la simulation de fusion permettrait de mener une analyse approfondie sans passer par la délimitation du marché pertinent.

673. En réalité, dans la plupart des cas, les données pour la mise en œuvre des analyses sophistiquées ne sont pas toujours disponibles, ce qui fait que l'utilisation des méthodes d'analyse directe n'est faisable que dans certains cas particuliers. En outre, la pratique montre que la mise en œuvre de ces méthodes directes nécessite très souvent les informations de part de marché des entreprises, ce qui requiert une délimitation préalable du marché pertinent.

674. Conclusion du B. Le développement de la science économique a permis aux économistes d'élaborer de nouvelles méthodes dont les autorités de la concurrence peuvent se servir pour analyser des problèmes de concurrence. Certes, il est intéressant d'utiliser des méthodes différentes selon les particularités et les besoins de l'affaire. Mais, l'emploi de ces nouvelles méthodes soulève des problèmes pratiques ne leur permettant pas de constituer une alternative fiable à la délimitation du marché pertinent. Les développements qui précèdent montrent que le choix de l'outil approprié et sa mise en œuvre dépend tant de la nature de la concurrence que de la disponibilité des données. Dans la majorité des cas, les nouvelles méthodes peuvent être utilisées plutôt en sus de la délimitation du marché, d'autant plus qu'elles ont été conçues afin de servir de filtre initial dans des cas particuliers. Elles ne constituent donc pas une substitution à la délimitation du marché pertinent dans toutes les affaires dans lesquelles cette dernière permet de mener une analyse de la concurrence relativement uniforme.

675. Conclusion du §2. Des analyses qui précèdent, on retiendra deux conclusions principales. La première conclusion est qu'un remplacement partiel de la délimitation du marché pertinent par des nouvelles méthodes économétriques est possible mais ce n'est que dans certaines circonstances particulières où les conditions sont restrictives. Ainsi, on a vu trois cas exceptionnels où il est possible de se passer de la délimitation du marché. En effet, celle-ci peut être omise lorsqu'il existe des preuves claires et incontestables qu'une pratique produit des effets anticoncurrentiels. Le remplacement est également possible dans certaines opérations de fusions ayant lieu sur un marché oligopolistique de produits différenciés où la concurrence se livre à la Bertrand. Le dernier cas pour lequel le remplacement du paradigme classique de marché pertinent – parts de marché par une approche plus directe et le plus partagé est celui des marchés dynamiques et innovants.

676. La seconde conclusion consiste dans le fait que l'emploi des nouveaux outils en remplacement de l'approche traditionnelle dans ces cas particuliers, qu'il soit théoriquement possible, dépend de la nature de la concurrence de l'affaire en question et notamment de la disponibilité des données. Or, le volume d'informations requises pour mettre en œuvre ces outils est important alors que les données ne sont pas toujours aisément disponibles. Leur mise en œuvre nécessite d'ailleurs, dans plusieurs cas, des informations (les parts de marché, le degré de concentration, etc.) qui ne sont obtenues qu'en délimitant le marché pertinent. Il résulte de ce qui précède que l'emploi des outils économétriques pour compléter la délimitation du marché devrait être l'approche harmonieuse et pertinente pour l'analyse de la concurrence dans le futur.

677. Conclusion de la Section 2. Le concept de marché pertinent est ancré intrinsèquement dans l'analyse du droit européen de la concurrence. Le remplacement pur et simple de ce concept dans toutes les affaires de la concurrence est extrêmement difficile et irréaliste. Difficile parce que le concept s'applique à tous les domaines du droit de la concurrence mais aussi à d'autres domaines du droit dont les procédures sont directement inspirées de ce dernier. Il est irréaliste car l'emploi exclusif des méthodes économiques sophistiquées créerait des tâches que les juges ne seront, dans la réalité, pas capables d'exercer. Remplacer la délimitation du marché pertinent par des outils alternatifs entraînerait la suppression de sa fonction instrumentale de l'analyse des effets anticoncurrentiels et de tous ses autres rôles, ce qui susciterait de sérieuses conséquences juridiques tant techniques que juridictionnelles. Un tel remplacement prive, d'une part, les tribunaux et les entreprises de la référence de précédent que constitue la délimitation du marché ainsi que d'un certain degré de prévisibilité que les outils alternatifs ne permettent pas d'offrir. Un tel remplacement constitue, d'autre part, s'il n'est adopté que par certains pays, un obstacle à l'alignement international en matière de droit de la concurrence et risque ainsi de mener plus souvent à des conclusions contradictoires aux opérations transfrontalières étant de plus en plus répandues. Les analyses qui précèdent ont montré que le remplacement, s'il est adopté, n'est possible que dans certains scénarios particuliers et qu'en tout état de cause, les nouveaux outils ne peuvent être considérés comme des alternatives à la délimitation du marché que dans la première étape d'une analyse en matière de fusion.

678. Conclusion du chapitre. Au terme de ces développements, l'émergence de nouvelles méthodes quantitatives minore l'importance de la délimitation du marché. En matière de

concentration, la mise au point des tests de pression sur les prix par les économistes a entraîné diverses réactions. Les partisans de l'analyse d'UPP soutiennent que les tests sont opérationnels et fondés sur une base théorique solide leur permettant d'être les meilleurs pour l'analyse des fusions impliquant des produits différenciés et la prédiction d'effets unilatéraux sur les prix. Malgré cela, ils présentent diverses limites tant théoriques que de mesure et n'ont pas été testés empiriquement, ce qui soulève des doutes de leur capacité de tenir l'ensemble des espoirs placés en eux. En matière d'abus de position dominante, il est suggéré de qualifier directement les pratiques comme anticoncurrentielles par l'approche fondée sur les effets directs, sans nécessiter de déterminer la position dominante d'une entreprise. Que cette approche puisse se substituer à la délimitation du marché dépend de sa capacité ou non d'établir la preuve de l'abus qui ne peut être interprété différemment. À nouveau, face aux limites de l'économie industrielle, l'analyse économique qui veut aller au-delà des standards juridiques n'est pas à ce jour en mesure de fournir des preuves objectives et solides quant à l'existence d'un abus de position dominante.

679. Le droit européen de la concurrence exige la délimitation du marché dans les opérations de concentration et les affaires d'abus de position dominante. Dans la mesure où la Commission prévoit de remplacer une analyse fondée sur la délimitation du marché par une analyse basée sur les indices de pression sur les prix ou bien sur les effets directs, elle crée des ennuis en accroissant le degré d'incertitude pour ceux à qui s'adressent les dispositions du droit de la concurrence, mais aussi pour elle-même. En particulier dans le contexte de l'Union européenne où le marché pertinent est un concept intrinsèquement ancré dans l'analyse concurrentielle, l'abandon du concept amènerait véritablement le chaos dans le droit d'*antitrust*.

680. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il faut écarter ces nouveaux outils. Les progrès réalisés dans les méthodes d'analyse devraient être pris en compte. Dans la mesure où les conditions et les données requises permettent de mettre en œuvre ces méthodes dans les circonstances dans lesquelles la délimitation du marché est problématique, elles peuvent venir remplacer ou compléter l'approche traditionnelle. L'évolution de la pratique décisionnelle de la Commission européenne indique que seul l'usage complémentaire ou le remplacement partiel peuvent devenir des substituts viables à l'analyse de la concurrence fondée sur la délimitation du marché pertinent.

681. Conclusion du Titre II. Dans ce second titre, ont été envisagés deux différents types de marché spécifiques dans lesquels la délimitation du marché est problématique, à savoir le marché de produits différenciés et les marchés dynamiques et innovants. En ce qui concerne le marché de produits différenciés, nous avons démontré que les difficultés de la délimitation du marché résident dans le raisonnement économique de la méthode du monopoleur hypothétique et non dans le concept de marché pertinent. En effet, la différenciation des produits provoque la diversité des degrés de substitution des produits. Or, alors que le principe du plus petit marché du TMH suscite une chaîne de substituts interminables, le raisonnement de l'élasticité-prix croisée de la demande, lors de son application, limite aux substituts les plus proches, ignorant ainsi les substituts raisonnables. Par conséquent, la diversité des degrés de substitution des produits crée la tension entre l'inclusion dans le marché de tous les produits qui sont des substituts raisonnables pour les consommateurs et la nécessité de délimiter le marché de manière plus étroite lorsqu'il existe un risque considérable que certains consommateurs ne sont pas protégés d'un exercice potentiel d'un pouvoir de marché. Pourtant, ce problème n'a été résolu ni par les économistes, ni par les autorités de concurrence. Pendant de nombreuses années, le TMH a été appliqué, en droit européen de la concurrence, tel quel aux produits différenciés, donnant lieu à des décisions incohérentes d'un point de vue juridique et critiquable d'un point de vue économique. Nous avons montré qu'une solution possible peut porter sur la considération d'un seuil d'augmentation du prix des produits plus large que celui actuellement appliqué et l'adaptation de l'analyse de la perte critique lors de la mise en œuvre du TMH.

682. En ce qui concerne les marchés dynamiques et innovants, les problèmes de la délimitation du marché réside tant dans la difficulté de prise en compte des phénomènes de remplacement des produits que dans la difficulté d'anticipation des évolutions technologiques futures. L'innovation modifie la nature de la concurrence, de la concurrence par les prix à la concurrence par la performance. Cette modification rend l'évaluation de la substituabilité déterminée par les élasticités-prix croisées de la demande inadéquate parce que trop sévère. Par ailleurs, l'approche d'analyse de la Commission européenne consistant à l'analyse de la concurrence des innovations actuelles ne permet pas de couvrir des transactions avec des technologies de plus en plus complexes et évolutives, en particulier dans les cas où les efforts d'innovation sont encore loin d'être achevés. Il s'agit là du plus grand et véritable enjeu auquel la Commission doit faire face lors de sa délimitation du marché.

683. Pour répondre à ces déficiences de l'approche traditionnelle, les économistes ont imaginé de nouvelles méthodes quantitatives et ils estiment qu'elles permettent d'évaluer plus directement les effets escomptés d'une fusion ou d'un comportement d'entreprises. L'*Upward Pricing Pressure*, qui se repose sur l'analyse de l'incitation des entreprises à augmenter les prix des produits, a été considéré comme le candidat le plus solide pour remplacer la délimitation du marché dans l'analyse des opérations de concentrations ayant lieu sur les marchés de produits différenciés. En matière d'abus de position dominante, l'approche fondée sur les effets directs a été suggérée par certains comme outil alternatif l'approche traditionnelle. Bien que ces nouvelles méthodes soient établies sur un fondement intuitif clair, les limites de la science économique soulèvent des doutes quant à leur capacité d'apporter des preuves de nature à fonder l'appréciation des effets d'une fusion ou d'une pratique sur la concurrence. Mises à part les difficultés des nouvelles méthodes, un abandon pur et simple de la délimitation du marché aurait des répercussions non seulement de l'ordre juridique mais aussi de l'ordre institutionnel et international. Nous avons montré qu'un remplacement partiel de la délimitation du marché par les nouvelles méthodes peut être envisagé et ce dans certains cas particuliers où cette première est problématique.

684. Conclusion de la première partie. Dans le premier titre de cette première partie, ont été mis en lumière le rôle et la fonction de la délimitation du marché pertinent en droit européen et vietnamien de la concurrence. Les analyses menées ont permis de conclure que la délimitation du marché est requise en soi du point de vue juridique et ancrée intrinsèquement dans l'analyse de la concurrence en droit européen. En effet, nous avons montré que la délimitation du marché ne permettait pas uniquement de calculer les parts de marché telle qu'elle est traditionnellement conçue par les économistes. Ceux-ci, qui critiquent fortement ce critère, accordent actuellement l'importance à l'analyse des barrières à l'entrée dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Or, nous avons vu que l'évaluation des obstacles à l'accès au marché nécessite une analyse détaillée des caractéristiques et de la structure du marché. La délimitation du marché permet d'une part de déterminer les situations où une telle analyse est nécessaire et constitue d'autre part l'outil pour mettre en œuvre la méthodologie retenue par la Commission et les juges européens. Elle est ainsi un instrument tant pour établir l'existence d'un pouvoir de marché que pour apprécier la durabilité de ce dernier.

685. Deuxièmement, les développements ont également cristallisé la conception traditionnelle, qui considère la délimitation du marché comme un simple pré-requis de l'évaluation de la concurrence. En effet, après que l'exercice d'un pouvoir de marché par des entreprises concernées est déterminé, la délimitation du marché sert encore d'instrument d'appréciation des effets anticoncurrentiels probables découlant d'une concentration. Dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne retient la part de marché comme étant l'approche standard et la proximité des produits comme étant un facteur clé pour évaluer la possibilité de la nouvelle entité d'augmenter ses prix post-concentration. Ces facteurs déterminants de l'évaluation reviennent à recourir à la délimitation du marché pertinent. Par ailleurs, nous avons vu que la théorie économique ne peut pas proposer une solution à l'évaluation des effets coordonnés, la pratique analytique tend donc à se concentrer sur certains indices, à savoir la vulnérabilité et la structure conductrice du marché, ceux-ci ne sont appréciés qu'une fois le marché pertinent délimité. Le droit de la concurrence dans son ensemble est la constitutionnalisation du comportement économique, affirmant qu'à un niveau fondamental, il y a certaines règles qui doivent être respectées. Pour ce faire, il est nécessaire de traduire les comportements des entreprises en droit. C'est tout ce qui est de la délimitation du marché : elle constitue l'instrument d'interprétation d'une réalité économique dans le domaine juridique.

686. En dehors de toute analyse matérielle des infractions au droit de la concurrence, la délimitation du marché se voit accordé un rôle important dans l'appréciation de l'applicabilité des règles européennes de concurrence, des sanctions et de la recevabilité d'un renvoi préjudiciel. Cette dernière est une spécificité qui n'existe pas dans d'autres régimes.

687. Le décalage entre le point de vue juridique et le point de vue économique est considérable car les économistes ne considèrent la délimitation du marché que comme étant un outil pour évaluer indirectement le pouvoir de marché. Alors s'il ne s'avère pas efficace, il faut le remplacer par d'autres outils. Les développements du second titre ont mis au point ce raisonnement. Nous avons examiné en premier lieu les marchés de produits différenciés et les marchés dynamiques et innovants dans lesquels la délimitation du marché est la plus difficile. Si notre analyse a montré que le problème sur le premier type de marché est de nature méthodologique, il est admis qu'il est plus fondamental sur le second car la concurrence ne se livre pas « *sur le marché* » mais « *pour le marché* ». Dans de tels contextes, d'une part, la

délimitation du marché qui se concentre sur la détermination des contraintes actuelles sur les décisions des entreprises en matière de prix et de production ne permettrait pas de traduire correctement la situation de la concurrence sur le marché. D'autre part, l'attribution des parts de marché pose aussi des problèmes, le principal paramètre concurrentiel étant la performance du produit et pas le prix.

688. En second lieu, nous avons analysé les outils alternatifs principaux à la délimitation du marché pertinent. Les économistes ont préconisé l'utilisation de ces outils en mettant l'accent sur les aspects économiques et en particulier la prétendue suprématie analytique de ces premiers par rapport à cette dernière. Or, nous avons vu qu'en matière de contrôle des concentrations, le test UPP, bien qu'il soit fondé sur une base solide dans la théorie économique, présente diverses limites théoriques et de mesure. La recherche empirique sur ce test demeure par ailleurs limitée et les données nécessaires à sa mise en œuvre ne sont pas toujours disponibles. En matière d'abus de position dominante, l'approche des effets directs fondée sur la maximisation du bien-être du consommateur induirait une rupture réelle de la mise en œuvre des règles de la concurrence au sein de l'Union européenne dont les principes se fondent sur la protection du processus de concurrence. En outre, les analyses fondée sur cette approche étant étroitement dépendantes des hypothèses de comportement et des paramètres des modèles de l'économie industrielle, elles ne permettent pas de caractériser sans ambiguïté des pratiques comme anticoncurrentielles.

689. Il apparaît ainsi qu'une analyse fondée sur la délimitation du marché pertinent et celle fondée sur l'UPP ou les effets directs présentent toutes des lacunes. Toutefois, l'approche traditionnelle de la délimitation du marché est plus facile à appliquer, plus accessible aux entreprises et avant tout elle permet à la Commission et aux juges de rendre de meilleurs jugements. Son abandon pur et simple renforcerait l'incertitude juridique, qui est un problème indissocié de l'analyse du droit de la concurrence. Le rôle et la fonction instrumentale de la délimitation du marché sont bien établie tant dans la jurisprudence européenne que dans les lignes directrices et communications de la Commission. Le « marché pertinent » est inclus dans la loi vietnamienne de la concurrence, faisant ainsi de ce concept une exigence juridique. Par conséquent, l'abandon *pur et simple* de la délimitation du marché amènerait véritablement le chaos dans le droit d'*antitrust*.

690. Transition. Les conclusions auxquelles nous parvenons conduisent donc à souligner que la délimitation du marché pertinent n'est plus seulement un outil intermédiaire dans l'évaluation globale de la concurrence. Au contraire, elle a une fin en soi, puisque son rôle consiste en l'interprétation de la réalité économique dans le domaine juridique. L'analyse économique ne devrait et ne peut être utilisée pour justifier la nécessité de la délimitation du marché pertinent, mais plutôt pour développer les méthodes de délimitation du marché. Tel est l'objet de la seconde partie.

SECONDE PARTIE

LES MÉTHODES DE DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

« Market definition is not a matter of statutory definition, or of conventional or historical ways of classifying industries but it is an economic fact to be determined by logical analysis and empirical observation of substitution⁹³⁶ »

691. La première partie de cette étude a montré que la délimitation du marché pertinent est une exigence juridique en droit européen de la concurrence. Cependant, les tribunaux n'ont pas fourni de guide utile sur la façon dont le marché est délimité. À cet égard, l'économie a beaucoup contribué. En effet, pour répondre à la demande juridique de cerner les contours des marchés, les économistes ont élaboré des méthodes de délimitation du marché à partir des concepts économiques, qui sont jusque là inconnu en droit, ainsi que du raisonnement propre à l'économie. En attachant la délimitation du marché à l'appréciation du pouvoir de marché⁹³⁷ et en partant de la logique selon laquelle la capacité d'une entreprise d'augmenter ses prix de manière rentable dépend directement de la question de savoir dans quelle mesure ses produits sont substituables aux autres, les économistes ont construit des méthodes de délimitation du marché en se fondant sur le concept de substituabilité. Une variété de méthodes et de critères pour identifier les frontières des marchés sur la base de ce concept a été ainsi proposée. Pourtant, puisque la délimitation du marché n'a jamais fait partie du programme de recherche de la science économique, il existait des distinctions subtiles mais importantes entre ces divers critères et méthodes. L'élaboration d'une méthode applicable aux fins du droit de la concurrence a suivi un véritable cheminement. Au fil du temps, avec la mutation de la théorie économique, en particulier de celle de l'économie industrielle, on a assisté à une évolution importante des techniques d'analyse de la substituabilité. Des méthodes économétriques ont fait leur apparition de manière plus fréquente et avec une sophistication accrue (**Titre I**).

⁹³⁶ G. HALL, « Market Definition and Antitrust Policy », *Washington & Lee Law Review*, vol. 20, issue 1, 1963.

⁹³⁷ Pour la définition de la notion de « pouvoir de marché », v. *supra*, n° 44.

692. À l'heure actuelle, des évolutions autrement plus radicales sont à l'œuvre⁹³⁸. Il existe aujourd'hui un corpus de connaissances accumulées en ce qui concerne les analyses économiques dans la détermination des contours du marché. L'examen de la jurisprudence européenne nous permettra d'assimiler le choix des critères et méthodes d'appréciation de la substituabilité par la Commission et les juges européens ainsi que la manière dont ceux-ci sont appliqués dans la pratique (**Titre II**).

693. L'objet de cette seconde partie est d'examiner de manière précise et technique la façon dont le marché pertinent est délimité par la Commission et les juges européens.

TITRE I : La substituabilité et l'évolution des méthodes d'analyse de la substituabilité

TITRE II : La délimitation du marché de produits en cause

⁹³⁸ E. FEGATILLI & N. PETIT, « Econométrie du droit de la concurrence – Un essai de conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009, p. 67-122, spéc. p. 67.

TITRE I

LA SUBSTITUABILITÉ ET L'ÉVOLUTION DES MÉTHODES D'ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ

694. La référence à la substituabilité est devenue actuellement si courant en droit européen de la concurrence. Qu'il s'agisse de définir le marché de produits ou géographique en cause, la Commission détermine les frontières des marchés en fondant sur la substituabilité des produits. Comme abordé dans les développements qui précèdent, l'objectif principal de la délimitation du marché est d'identifier de manière systématique les contraintes auxquelles est confrontée l'entreprise concernée. Selon la théorie économique, les contraintes concurrentielles sont au nombre de trois, à savoir la substituabilité du côté de la demande, la substituabilité du côté de l'offre et la concurrence potentielle. L'exercice de la délimitation du marché se fait le plus souvent selon la logique suivante : en premier lieu, l'ensemble des produits les plus pertinents pour le cas d'espèce est identifié. L'autorité de la concurrence demande ensuite si un monopoleur hypothétique serait en mesure d'augmenter le prix d'un faible montant de manière permanente et rentable. Si une telle augmentation n'est pas rentable en raison du nombre suffisant des produits substituables, le marché doit être élargi pour inclure le plus proche substitut du produit en cause et l'exercice est répété. Les produits substituables sont déterminés sur la base de plusieurs critères. Le choix des critères de substituabilité dépend, *inter alia*, des méthodes mises en œuvre (**Chapitre 2**). Mais, avant d'examiner le choix des critères de substituabilité et les méthodes d'analyse retenus par la Commission européenne et les juges pour délimiter le marché pertinent, il apparaît nécessaire au préalable d'appréhender la notion de substituabilité (**Chapitre 1**), car si cette notion constitue « l'étalon de la délimitation du marché pertinent⁹³⁹ », il n'existe pas d'une définition de base bien établie qui permet de cerner les contours des marchés de manière satisfaisante. Le manque de précision sur cette notion peut rendre trompeuse l'appréciation des contraintes concurrentielles entre produits.

Chapitre 1 : La substituabilité, clé de voûte de la délimitation du marché pertinent.

Chapitre 2 : Les méthodes d'analyse de la substituabilité.

⁹³⁹ A. DERINGER, « Les règles de la Concurrence de la CEE », *RMC*, 1961, p. 441, note 13.

CHAPITRE 1

LA SUBSTITUABILITÉ, CLÉ DE VOÛTE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

695. Instrument d'analyse économique, la notion de substituabilité trouve une application majeure en droit de la concurrence. En effet, la référence à cette notion pour délimiter les contours du marché pertinent est devenue courante tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Que l'on définisse le marché du point de vue géographique ou du point de vue des produits, la délimitation du « relevant market » s'identifie à la question du degré de substitution des produits⁹⁴⁰. Cependant, malgré un usage courant, il n'existe pas de définition de la notion ni en droit ni en économie. Par conséquent, pour procéder à la délimitation du marché pertinent, il paraît nécessaire de cerner tout d'abord la notion de substituabilité et sa fonction (**Section 1**). Il est admis en général que cette notion est relative⁹⁴¹, mais qu'elle s'apprécie *in concreto* car il s'agit de l'appréciation des éléments de faits. La recherche de l'existence ou non d'une substituabilité entre deux produits ou services dépend de plusieurs facteurs parmi lesquels figurent en premier lieu celui des données, en particulier des données économiques. Issues de l'économétrie, de nombreuses méthodes quantitatives ont été développées en vue d'analyser la substituabilité. Les données sur lesquelles sont basées les méthodes conditionnent leur mise en œuvre et la validité des conclusions qui en sont tirées. Il convient ainsi d'examiner l'état et la qualité des données sur lesquelles les autorités de concurrence font reposer la constitution des preuves de la substituabilité (**Section 2**).

Section 1. La notion et la fonction de la substituabilité

696. Il est indiscutable que les méthodes de délimitation du marché peuvent varier mais quelle que soit la méthode utilisée, la finalité des autorités de concurrence est de rechercher les rapports de substitution entre les produits. Par conséquent, la substituabilité est vite devenue la notion centrale à laquelle se réfère la jurisprudence, tant européenne que nationale, dans son analyse

⁹⁴⁰ M. R. JOLIET, « Monopolisation et abus de position dominante : Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTD Eur.*, vol. 5, n° 4, 1969, p. 645-696, spéc. p. 649. Il convient de noter également ici que les termes « produit » et « marché de produits » englobent à la fois les produits et les services, selon le cas.

⁹⁴¹ OMC, Rapport du Groupe spécial, « Corée – Taxes sur les boissons alcooliques », WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 septembre 1998, para. 7. 4.c).

concurrentielle. Pourtant, ni la jurisprudence ni les textes juridiques ne donnent de définition à cette notion. Les autorités européennes de la concurrence se contentent plutôt d'analyser la substituabilité en se fondant sur un faisceau de critères⁹⁴². Dans l'analyse concurrentielle, l'utilisation si courante de la substituabilité nécessite que soient précisées la notion (§1) et sa fonction (§2).

§1. La notion de substituabilité

697. Pour tenter de cerner la notion de substituabilité et comprendre son usage courant actuel dans la délimitation du marché pertinent, il paraît nécessaire d'en préciser les origines (A) et de connaître son évolution (B).

A. Le fondement du concept de substituabilité

698. Le droit de la concurrence étant fortement influencé par la pensée économique, plusieurs concepts juridiques trouvent leur fondement dans la théorie économique et celui de substituabilité n'est pas exceptionnel (1). Le concept économique sur lequel la substituabilité est fondée a été transposé dans l'ordre juridique, par la jurisprudence, laquelle crée le fondement juridique de cette dernière (2).

1. Le fondement économique

699. Le concept de substituabilité repose à l'origine sur le concept économique de l'élasticité croisée de la demande⁹⁴³. Ce dernier a été développé par Alfred MARSHALL dans son ouvrage célèbre *Principles of Economics*, publié en 1890⁹⁴⁴. Il y a décrit que « l'élasticité de la demande sur un marché est dite grande ou faible suivant que la quantité demandée augmente beaucoup ou augmente peu pour une baisse de prix donnée, et diminue beaucoup ou diminue peu pour une

⁹⁴² V. *infra*, n° 1045 et s.

⁹⁴³ J. W. HATFIELD, S. D. KOMINERS, A. NICHIFOR, M. OSTROVSKY & A. WESTKAMP, « Full Substitutability », *Working Paper in the Proceedings of the 16th ACM Conference on Electronic Commerce*, 29 August 2017, p. 9-10: « In the literature on economies with indivisible goods, it is standard to formulate substitutability in terms of (multi-valued) demand functions and to consider disadvantageous price changes, i.e., increases in input price or decreases in output prices ».

⁹⁴⁴ Cet ouvrage a été le développement du travail de l'économiste français Augustin Cournot. Voir A. COURNOT, *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, 1838 (traduit par N. T. BACON, New York, The MacMillan Company, 1897), cité par G. J. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette Law Review*, préc., spéc. p. 126.

*hausse de prix donnée*⁹⁴⁵ ». L'usage de l'élasticité croisée de la demande pour caractériser les relations de concurrence entre les entreprises semble avoir été suggéré en premier lieu par KALDOR mais développé plus en détail par TRIFFIN⁹⁴⁶. Selon ce dernier, lorsque l'élasticité croisée est infinie (i), positive infinie (ii) ou nulle (iii), cela représente la concurrence entre entreprises produisant des produits homogènes (i), entre entreprises produisant des produits différenciés (ii) ou un monopole pur (iii)⁹⁴⁷. D'autres économistes⁹⁴⁸ estiment que la première articulation explicite de cet usage dans la littérature économique a été énoncée par BAIN en 1952⁹⁴⁹. Dans son ouvrage intitulé *Price Theory*, BAIN a discuté du concept de « *l'industrie*⁹⁵⁰ » appliqué à un groupe de produits qui sont de « *parfaits* » substitués l'un pour l'autre et qui n'ont que des « *substitués éloignés* » en dehors du marché. Il a défini « l'industrie » d'un produit comme étant constituée de « *proches substitués* » identifiés sur la base de l'élasticité croisée de la demande. En décrivant l'identification de proches substitués, BAIN articule que « *l'ampleur de l'élasticité croisée indique le degré de substituabilité. Une faible élasticité croisée indique des substitués faibles ; une élasticité croisée élevée indique des substitués proches*⁹⁵¹ ».

700. L'élasticité croisée de la demande permet de mesurer la tendance des consommateurs face aux variations du prix des produits. Plus elle est élevée, plus les produits sont de proches substitués sous les yeux des consommateurs. Il est convenu ainsi que les économistes considèrent

⁹⁴⁵ A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London Macmillan, 1^{re} éd., 1890. Traduction française par F. SAUVAIRE-JOURDAN, Tome I, Livre I, II, III, 1906, p. 130.

⁹⁴⁶ R. L. BISHOP, « Elasticities, Cross-Elasticities, and Market Relationships », *American Economic Review*, vol. XLII, n° 5, Dec. 1952, p. 779-803, spéc. p. 779.

⁹⁴⁷ R. TRIFFIN, *Monopolistic competition and general equilibrium theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1940, p. 103-104.

⁹⁴⁸ G. J. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *op. cit.*; J. J. SIMONS & M. A. WILLIAMS, « The Renaissance of Market Definition », *Antitrust Bulletin*, vol. 38, Winter 1993, p. 799-857.

⁹⁴⁹ J. S. BAIN, *Price Theory*, New York, Henry Holt & C°, 1^{re} éd., 1952, p. 24-25: « [...] chaque vendeur d'un produit légèrement différent ne doit pas être placé dans une « industrie » distincte lorsque ses variations de prix tendent en fait à influencer fortement les ventes d'un certain nombre de produits de substitués proches. [...] Le critère général pour l'inclusion de produits dans une industrie devient la substituabilité étroite, dont la substituabilité parfaite est un cas particulier et extrême. Un groupe de produits est un proche substitut si une réduction du prix de l'un d'entre eux affecte significativement ou sensiblement la quantité achetée des autres à des prix donnés – si une proportion significative des acheteurs des autres produits peut être « volée » par un tel mouvement. L'industrie comprend une gamme de produits de proche substitués ainsi définis ; elle exclut tout produit dont la demande n'est pas influencée de manière significative par les variations de prix de l'industrie » (nous traduisons).

⁹⁵⁰ Selon certains auteurs, la discussion de « l'industrie » par BAIN est remarquablement proche de la définition du « marché » de la Cour. En ce sens, voir J. J. SIMONS & M. A. WILLIAMS, « The Renaissance of Market Definition », *op. cit.*, p. 810.

⁹⁵¹ *Id.*, p. 52.

l'élasticité croisée de la demande comme étant l'instrument de mesure du degré de substituabilité⁹⁵² permettant de définir les contours d'un marché.

701. Conçue sur le fondement de la théorie économique, l'élasticité croisée de la demande a été transposée dans l'ordre juridique dans les années 1950.

2. Le fondement juridique

702. Le fondement juridique du concept de substituabilité est d'origine jurisprudentielle. En effet, les juges ont utilisé ce concept pour délimiter le marché pertinent et fondé leur évaluation sur l'élasticité croisée de la demande entre les produits. Le concept de substituabilité a été utilisé pour la première fois par la Cour suprême américain dans l'arrêt *Times-Picayune*⁹⁵³ en 1953⁹⁵⁴. Dans cet arrêt, la Cour a constaté que « *pour chaque produit, il existe des substituts. Mais un marché en cause ne peut pas englober cette gamme infinie. Il faut tracer un cercle étroit pour exclure tout autre produit vers lequel, dans des limites raisonnables de variation de prix, seul un nombre limité d'acheteurs pourront se tourner ; en termes techniques, des produits dont les "élasticités croisées de la demande" sont faibles*⁹⁵⁵ ». Le même raisonnement a été utilisé dans la fameuse affaire *Cellophane* dans laquelle la Cour a souligné que « *l'élasticité croisée de la demande entre produits dépend de la réactivité des ventes d'un produit aux variations de prix de l'autre. Si une baisse légère du prix de la cellophane provoque un report d'un nombre considérable de consommateurs d'autres emballages souples vers cette première, cela pourrait être une indication qu'il existe une forte élasticité croisée de la demande entre eux, que les produits sont en concurrence sur le même marché*⁹⁵⁶ ». Depuis lors, les juges américains ont fait référence au concept de l'élasticité croisée de la demande afin d'apprécier si deux produits sont substituables.

703. Cette approche n'a cependant pas emporté l'adhésion de l'ensemble des juges et des économistes. Certains estiment que l'application pratique du concept de la théorie économique sur un plan juridique présente des limites, faisant que la substituabilité des produits mesurée sur

⁹⁵² E. D. CORWIN, « Economic Concepts and Antitrust Litigation: Evolving Complexities », *Antitrust Bulletin*, vol. 19, issue 2, 1974, p. 295-319, spéc. p. 303: « *Economists think it appropriate to measure the degree of substitutability to users by the cross-elasticity of demand – that is, by the change that would take place in the sales of the product if there were a change in the relative price of the product and of a substitute for it* ».

⁹⁵³ *Time-Picayune Publishing Co v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

⁹⁵⁴ G.J. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *op. cit.*, spéc. p. 130.

⁹⁵⁵ *Time-Picayune Publishing Co v. United States*, 345 U.S. 594, 612 (1953) (nous traduisons).

⁹⁵⁶ *United States v. E. I. duPont de Nemours and Co.*, 351 U.S. 377, 400 (1956).

la base de ce seul critère n'est pas fiable⁹⁵⁷. En effet, tout d'abord, le concept se définit comme la variation relative de la demande du produit A suite à une variation relative du prix du produit B. Sa mise en œuvre suppose que toutes les choses soient égales, c'est-à-dire qu'il n'existe aucun facteur autre que le prix qui peut affecter le flux des ventes. Cette condition n'est que rarement remplie en pratique car de nombreux autres facteurs entrent en ligne de compte dans l'action des entreprises⁹⁵⁸.

704. Deuxièmement, du fait que l'augmentation du prix est artificielle, il est nécessaire de fixer une augmentation raisonnable, en d'autres termes, il faut déterminer les seuils minimaux et maximaux. En effet, une augmentation très importante entraînerait le recul de la demande ou un grand changement des besoins de consommation qui n'est pas favorable aux entreprises en cause. En revanche, une réaction faible des consommateurs à une augmentation très modeste ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à la substituabilité des produits. Or, la théorie économique ne donne pas d'enseignements sur l'importance que doit avoir la hausse de prix pour que l'élasticité croisée de la demande soit estimée de manière efficace.

705. Troisièmement, alors que la réaction de la demande d'un produit suite à une hausse du prix de l'autre n'est pas toujours instantanée, aucune durée au terme de laquelle le déplacement de la demande doit se produire n'est proposée.

706. Dernièrement, les résultats de l'estimation sont délicats à interpréter car on ne sait pas à partir de quelle valeur de l'élasticité les produits doivent être considérés comme étroitement substituables⁹⁵⁹.

707. En droit européen, le concept de substituabilité a été utilisé pour la première fois dans l'arrêt *Sirena*⁹⁶⁰ mais son emploi n'a été explicité que, semble-t-il, dans l'affaire *Continental Can*. En effet, dans sa décision du 9 décembre 1971 concernant l'exploitation abusive de position dominante de la société Continental Can, la Commission européenne a déterminé trois types d'emballage de substitution aux emballages métalliques légers en question tout en déclarant que

⁹⁵⁷ Voir D. F. TURNER, « Antitrust Policy and the Cellophane Case », *Harvard Law Review*, vol. 70, n° 2, 1956, p. 281-318 ; R. PITOVSKEY, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review*, préc.

⁹⁵⁸ M. GLAIS & PH. LAURENT, *Traité d'économie et de la concurrence*, PUF, 1983, p. 283.

⁹⁵⁹ E. COMBE, *Economie et économique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2005, p. 340 ; L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988, p. 304.

⁹⁶⁰ Arrêt du CJCE du 18 fév. 1971, *Sirena/Eda e.a.*, C-40/70, *Rec.* p. 69.

le choix des utilisateurs se fait en fonction de différents critères tels que les caractéristiques propres à chaque type d'emballage, les machines de conditionnement, le prix de revient, la facilité d'utilisation, etc⁹⁶¹. Il est intéressant de noter que la Commission a utilisé le concept de substituabilité sans pour autant faire référence à celui de l'élasticité croisée de la demande comme le droit américain.

708. En s'inspirant de grands principes du droit européen, la loi vietnamienne de la concurrence 2004 vise de façon expresse un marché des produits ou services substituables ou dans lequel des produits ou services peuvent se substituer les uns aux autres⁹⁶². Cette expression a été retenue dans la loi de la concurrence de 2018⁹⁶³. La délimitation du marché pertinent étant ancrée dans le droit vietnamien, le concept de substituabilité est devenu d'usage courant dans la pratique de l'autorité de la concurrence.

709. Conclusion du A. Reposant à l'origine sur le concept économique de l'élasticité croisée de la demande, introduit par la jurisprudence des Etats-Unis, l'usage de la substituabilité est devenu courant dans la jurisprudence européenne et a fait son entrée dans la loi vietnamienne. Elle est considérée comme la notion clé par laquelle est mené le processus de délimitation du marché pertinent. Sur le plan juridique, l'application du concept de la substituabilité a évolué. La jurisprudence ne l'apprécie pas uniquement sur base de l'élasticité croisée de la demande comme le suggère la théorie économique, mais également en s'appuyant sur d'autres facteurs.

710. Transition. Il importe également de souligner qu'en droit, avant que la notion de substituabilité ne revêtisse un caractère quasi légal de délimitation du marché pertinent comme actuellement, d'autres notions ont été utilisées pour délimiter le marché.

B. L'évolution de la notion de substituabilité

711. Dans les premières jurisprudences dans lesquelles la notion de substituabilité a été utilisée, on rencontre d'autres notions, à savoir l'interchangeabilité et la similarité. L'emploi de ces autres notions apparaît dans l'évocation du marché à prendre en considération. Or, alors que les juges s'y sont tous référés, ils n'ont pas spécifié la distinction entre elles. Se pose la question

⁹⁶¹ Décision de la Commission du 9 déc. 1971, IV/26811, *Continental Can Company*, JOCE L 7 du 8 jan. 1972, considérants H et I.

⁹⁶² Loi de la concurrence de 2004, préc., article 3.

⁹⁶³ Loi de la concurrence de 2018, préc., article 9.

de savoir si ces notions sont employées, sur le plan juridique, comme des synonymes ou bien comme condition l'une de l'autre. Il apparaît alors nécessaire de préciser les rapports de la notion de substituabilité avec les notions d'interchangeabilité (1) et de similarité (2).

1. La substituabilité et l'interchangeabilité

712. Il convient de noter tout d'abord qu'il s'agit de la notion d'interchangeabilité qui, dès l'origine, a été utilisée tant dans la jurisprudence européenne que dans la jurisprudence américaine⁹⁶⁴. Les juges ne se sont référés à la notion de substituabilité que plus tard. La lecture de la jurisprudence révèle que la distinction de ces deux notions est un exercice délicat dès lors que leur emploi tend à se confondre.

713. D'un point de vue strict, la substituabilité et l'interchangeabilité ne semblent pas se recouvrir totalement. En effet, il ressort de l'arrêt *Continental Can* que la notion d'interchangeabilité se rapporte aux « *caractéristiques des produits en cause* ⁹⁶⁵ ». Dans un arrêt ultérieur, la Cour de Justice se réfère à un « *degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage* ⁹⁶⁶ ». En s'appuyant sur ces arrêts, la Commission européenne précise dans une décision que « *l'interchangeabilité des produits ne dépend pas fondamentalement de leur identité physique ou chimique, mais de leur **interchangeabilité fonctionnelle** du point de vue du dispensateur [...]* ⁹⁶⁷ ». Par ailleurs, nous rencontrons également cette distinction au niveau des textes juridiques. En effet, la communication de la Commission sur la définition du marché en cause distingue « *les produits et/ou services que le consommateur considère comme **interchangeables ou substituables**, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ⁹⁶⁸ ». Cette distinction a été reprise dans le formulaire CO du règlement

⁹⁶⁴ *U.S. v. E.I du Pont de Nemours*, *op. cit.* : « *Moreover a very considerable degree of functional interchangeability exists between these products [...]. It will be noted, that except as to permeability to gases, Cellophane has no qualities that are not possessed by a number of other materials* ». Influencé par le droit américain, dans cette même affaire qui est également le premier arrêt communautaire traitant la question de la délimitation du marché pertinent, la CJCE a énoncé que « [...] *les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits* », CJCE du 21 fév. 1973, C-6/72, *Continental Can c./Commission*, *op. cit.*, attendu 32. La notion d'interchangeabilité a également été utilisée dès le départ dans la jurisprudence allemande, voir R. BOUSCANT, *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République Fédérale d'Allemagne*, Bruxelles, Bruyant, 1991.

⁹⁶⁵ Arrêt du CJCE du 21 fév. 1973, *Continental Can c./Commission*, C-6/72, *op. cit.*, attendu 32.

⁹⁶⁶ Arrêt de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, C-85/76, *Rec. p.* 461, attendu 28.

⁹⁶⁷ Décision de la Commission du 17 juill. 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201 du 29 juill. 1997, para. 21 (gras ajouté).

⁹⁶⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, préc., (gras ajouté).

139/2004 sur les concentrations⁹⁶⁹. Il en ressort ainsi que le droit européen considère l'interchangeabilité comme se rapportant aux caractéristiques et à l'usage des produits ou services considérés⁹⁷⁰. Alors que la substituabilité se rapporte, comme nous l'avons vu précédemment, aux variations de prix.

714. En pratique toutefois, les deux notions ne sont pas toujours distinctes. Dans l'arrêt *Continental Can* rendu par la Cour suprême américaine, il était fait état, à côté de l'élasticité croisée de la demande, de l'interchangeabilité raisonnable⁹⁷¹. De même, dans son jugement dans l'affaire *Brown Shoe*, la Cour semblait prendre l'une pour l'autre lorsqu'elle déclare que « *the outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it*⁹⁷² ». La doctrine européenne montre par ailleurs que les deux notions se rejoignent dans la délimitation du marché⁹⁷³.

715. Pourtant, la jonction des deux notions n'est pas totale. À strictement parler, les produits qui sont interchangeables ne sont pas nécessairement substituables. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Tetra Pak* rendu par le TPI en 1994⁹⁷⁴. Ce point de vue a été partagé par GLAIS qui souligne que

⁹⁶⁹ Règlement CE n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, Section 6.1. En fait, la formulation semble avoir été utilisée, à l'origine, dans le formulaire CO (section I) de l'ancien règlement CEE 4064/89 sur les concentrations. Puis, elle a été reprise dans la communication de 1997 de la Commission relative aux accords d'importance mineure, JOCE C 372 du 9 déc. 1997, pt. 14.

⁹⁷⁰ En ce sens, M. GLAIS & PH. LAURENT, *Traité d'économie et de la concurrence*, *op. cit.* ; J. M. de BERMONT de VAULX, « Contribution à l'étude de la méthodologie comparée du marché du produit en cause (relevant product market) entre le droit américain et le droit européen », *Juris-Classeur Périodique*, éd. Entreprise, 1986, n° 14765, p. 537-547.

⁹⁷¹ *U.S. v. E.I du Pont de Nemours*, *op. cit.* : « [...] that market is composed of products that have reasonable interchangeability for the purposes for which they are produced-price, use and qualities considered [...] ».

⁹⁷² *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 325 (1962). En ce sens, J. J. SIMONS & M. A. WILLIAMS, « The Renaissance of Market Definition », *Antitrust Bulletin*, vol. 38, n° 4, Winter 1993, p. 799-857.

⁹⁷³ J. ZACHMANN, *Le contrôle communautaire des concentrations*, Paris, LGDJ, 1994, p. 215 : « *Les termes substituabilité ou interchangeabilité recouvrent la même acception* » ; J. F. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2017, p. 67 : « *La nature des produits, leur prix et leur usage peuvent être prise en considération dans la détermination de leur caractère interchangeable pour les consommateurs* », ce qui laisse à penser que l'interchangeabilité et la substituabilité recouvrent les mêmes notions ; I. VAN BAEL & J.F. BELLIS, *Droit de la concurrence dans la communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 84-85 : « *l'interchangeabilité parfois dénommée substituabilité [...]. Le calcul de l'élasticité croisée de la demande peut souvent se révéler utile pour déterminer si des produits sont interchangeables* » ; Selon A. JONES & B. SUFRIN, « *les juridictions européennes délimitent le marché pertinent en termes de substituabilité (" interchangeabilité")* », ce qui laisse à penser que pour ces auteurs, les deux notions sont employées comme des synonymes, voir *EU Competition Law : Text, Cases and Material*, OUP, 5^e éd., 2014, p. 63.

⁹⁷⁴ Arrêt du TPI du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, para. 63 : « [...] il importe de définir au préalable quels sont les produits qui, sans être substituables à d'autres produits, sont suffisamment interchangeables avec les produits qu'elle propose [...] ».

« l'absence de modification du prix d'un produit donné face aux variations du prix d'autres produits, éventuellement interchangeables, peut aussi contribuer à prouver l'absence de substituabilité⁹⁷⁵ ». Selon lui, l'analyse de substituabilité comprend une analyse d'interchangeabilité fonctionnelle fondée sur l'examen des caractéristiques techniques et physiques des produits en cause, et une analyse d'interchangeabilité réactive fondée sur l'appréciation de l'élasticité croisée de la demande⁹⁷⁶.

716. Il apparaît des développements qui précèdent que les notions de substituabilité et d'interchangeabilité ne sont pas tout à fait distinctes, mais que leur évolution n'atteint pas non plus une jonction totale. Par rapport à sa conception primitive, la notion de substituabilité a acquis un sens beaucoup plus large qui couvrait à la fois l'interchangeabilité et l'élasticité croisée de la demande. Cela expliquerait son usage courant actuel en droit de la concurrence.

717. Outre la notion d'interchangeabilité, on rencontre parfois dans les textes juridiques et la jurisprudence la notion de similarité dont le rapport avec celle de substituabilité nécessite d'être précisé.

2. La substituabilité et la similarité

718. Pour tenter de clarifier le rapport de ces deux notions, il conviendrait de revenir aux années 1970 où des textes juridiques et la jurisprudence relative à la question de la délimitation du marché pertinent ont été établis. En effet, la Commission européenne a publié en 1970 sa première communication *de minimis* dans laquelle elle se réfère « *aux produits ou services considérés comme similaires par l'utilisateur en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage [...]*⁹⁷⁷ ». Sans faire référence à la notion de substituabilité, il ressort des termes de la communication que la similarité se rapporte non seulement aux propriétés (c. à. d. aux caractéristiques) des produits mais aussi à leur usage et à leur prix. Ce sont les mêmes critères

⁹⁷⁵ M. GLAIS, *Concentration des entreprises et Droit de la concurrence*, Paris, Economica, 2010, p. 172.

⁹⁷⁶ *Id.*, p. 169. En ce sens, v. également P. E. HERZOG & J. SMITH, *The Law of European Economic Community – a Commentary on the EC Treaty*, New York, Mathew Binder et Co Inc., 1992, n° 86-08: « *The concept of “substitutability” embraces tests of interchangeability and cross-elasticity [...]* ».

⁹⁷⁷ Communication de la Commission du 27 mai 1970 concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C 64 du 2 juin 1970. Les communications de 1977 et 1986 faisaient encore référence à la similarité.

qui définissent la substituabilité des produits. Par conséquent, certains auteurs considèrent que la notion de similarité a le même sens que celle de substituabilité⁹⁷⁸.

719. La CJCE paraît avoir un point de vue différent. En effet, dans l'arrêt *Sirena/Eda* rendu un an plus tard, la Cour semblait distinguer les deux notions lorsqu'elle souligne « [...] *une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération, compte tenu notamment de l'existence éventuelle, et de la position, de producteurs ou distributeurs écoulant des **marchandises similaires ou substituables***⁹⁷⁹ ». Dans un autre arrêt rendu la même année, la Cour ne se réfère plus qu'à des « *produits similaires*⁹⁸⁰. Malgré l'usage de ces deux notions, la Cour n'a pas fourni une seule fois de précision quant à leur distinction jusqu'en 1973 où elle ne fait plus référence à la similarité mais à la substituabilité et l'interchangeabilité.

720. L'usage de la notion de similarité par la Commission a également changé. Celle-ci n'utilise plus cette notion dans sa communication *de minimis* de 1997 et celles révisées ultérieurement. Toutefois, elle indique explicitement dans sa communication sur la définition du marché en cause de 1997 que « *l'interchangeabilité fonctionnelle ou des caractéristiques similaires peuvent ne pas être, en soi, des critères suffisants (pour conclure que deux produits sont ou non substituables), dans la mesure où la sensibilité des clients à des variations des prix relatifs peut être déterminée également par d'autres considérations*⁹⁸¹ ». De cette formulation, on peut considérer que de façon stricte, la similarité se rapporte plus spécifiquement aux caractéristiques des produits. Alors que la substituabilité est définie, comme nous l'avons indiqué, à partir des critères tant qualitatifs que quantitatifs.

721. Il apparaît ainsi que la notion de similarité a un sens plutôt restreint reposant sur la comparaison des perceptions des caractéristiques possédées par chaque produit. Un produit substituable peut être similaire mais un produit similaire n'est pas forcément substituable.

722. Conclusion du B. Il résulte de ce qui précède que la substituabilité, l'interchangeabilité et la similarité ne semblent pas recouvrir les mêmes notions mais elles ne sont pas non plus toujours distinctes en pratique. La substituabilité représente la capacité qu'ont deux produits à

⁹⁷⁸ L. FOCSANEANU, La jurisprudence de la CJCE en matière de concurrence : les règles applicables aux entreprises (article 85 et 86 du Traité de Rome), Paris, Techniques et Économiques, 1977, p. 147.

⁹⁷⁹ Arrêt de la CJCE du 18 fév. 1971, *Sirena/Eda e.a.*, C-40/70, *Rec.* p. 69, attendu 16 (gras ajouté).

⁹⁸⁰ Arrêt du CJCE du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon/Metro*, C-78/70, *Rec.* p. 487, attendu 17.

⁹⁸¹ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 36 (gras et entre parenthèses ajoutés)

satisfaire un même besoin dans une condition d'usage donnée. Elle a un sens large qui recouvre ce que définissent la similarité et/ou l'interchangeabilité, mais l'inverse ne serait pas vrai.

723. Conclusion du §1. Trouvant son fondement dans la théorie économique à travers le concept d'élasticité croisée de la demande, le concept de substituabilité est né de la jurisprudence dans les années 1950. La mesure de la substituabilité par le concept économique présente toutefois, sur le plan juridique, des limites qui provoquent des critiques sur la fiabilité de ce dernier. Par conséquent, le concept original de substituabilité fondé sur l'élasticité a évolué et a été adaptée dans son application pratique. La jurisprudence l'apprécie en tenant compte non seulement des éléments quantitatifs, précisément le prix, mais aussi des éléments qualitatifs. Parfois, elle se réfère également à d'autres notions, à savoir l'interchangeabilité et la similarité dont l'emploi tend à se confondre avec celui de la substituabilité. L'évolution de cette dernière montre clairement qu'elle a acquis un sens beaucoup plus large par rapport à sa conception primitive et aux deux autres notions, ce qui lui permet de devenir un usage courant pour déterminer les contours du marché.

724. Transition. Notion clé de cet exercice, la substituabilité dispose d'une fonction à plusieurs volets.

§2. La fonction de la substituabilité

725. Le sens même de la « substituabilité » implique une appréciation d'au moins deux choses qui sont, dans le cadre de la délimitation du marché, des produits ou services. Aux fins de l'analyse concurrentielle, la substituabilité constitue en tout premier lieu l'instrument d'évaluation du rapport de concurrence entre les produits (A). Cette évaluation est d'une importance primordiale puisqu'elle se sert de critère pour procéder ensuite à l'analyse du pouvoir de marché de l'entreprise (B).

A. L'évaluation du rapport de concurrence des produits

726. Le rapport de concurrence des produits constitue l'élément essentiel que les autorités de la concurrence doivent examiner afin d'évaluer s'ils appartiennent à un même marché et donc constituent le marché pertinent. Pour cela, la substituabilité vient jouer le rôle d'instrument d'appréciation.

727. En effet, en fonction du degré de substituabilité⁹⁸², on peut connaître la situation de concurrence entre les produits et ainsi entre les entreprises. Deux ou plusieurs produits qui sont parfaitement substituables sont en concurrence pure et parfaite et appartiennent donc au même marché. Toutefois, cette situation ne correspond que rarement aux situations réelles puisque les entreprises cherchent toujours à différencier leurs produits⁹⁸³. A l'autre extrême, les produits qui ne sont pas du tout substituables n'exercent aucune concurrence l'un vis-à-vis l'autre. Chacun appartient à un marché distinct sur lequel il existe une concurrence monopolistique. La troisième situation concerne les produits qui sont plus ou moins substituables. Dans ce cas, les produits sont en concurrence mais à des degrés différents. Le fait que s'ils sont sur le même marché est une question délicate parce que la délimitation du marché suppose que les rapports de substituabilité ou de non-substituabilité entre produits concernés et autres biens exclus de ce marché soient clairement définis⁹⁸⁴.

728. À cet égard, il importe de noter que la délimitation du marché ne se limite pas à l'examen des seules caractéristiques des produits. Elle prend également en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché⁹⁸⁵. Il ressort de la jurisprudence européenne que c'est à une *concurrence effective* que la CJCE se réfère pour apprécier si deux produits appartiennent ou non au même marché⁹⁸⁶. De même, la Commission européenne veut que les marchés délimités reflètent le mieux possible les conditions de concurrence telles qu'elles se présentent sur un marché. En se servant de l'outil d'appréciation des rapports de concurrence entre les produits, la substituabilité permet de préciser le cadre de la concurrence effective et donc les frontières du marché pertinent. Cette fonction est clairement exprimée dans la jurisprudence de la CJCE. Dans son arrêt *Hoffmann-La Roche c./Commission*, la Cour a souligné que « *la notion de marché concerné (relevant market) implique qu'une*

⁹⁸² Pour les critères d'analyse de la substituabilité, v. *infra*, n° 1046 et s.

⁹⁸³ V. *supra*, n° 344 et s.

⁹⁸⁴ V. décision de la Commission du 9 déc. 1991, IV/M.149, *Lucas/Eaton*, JOCE C 328 du 17 déc. 1991, para. 28.

⁹⁸⁵ Arrêt de la CJCE du 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission*, C-322/81, *Rec.* p. 3461, para. 37 ; arrêt du Tribunal du 17 déc. 2003, *British Airways c./Commission*, T-219/99, *Rec.* p. II-5917, para. 91 ; arrêt du Tribunal du 9 sept. 2009, *Clearstream Banking AG c./Commission*, T-301/04, *Rec.* p. II-5917, para. 48. Il convient de noter également qu'un marché en cause ne peut englober toute la gamme (infinie) de substituts du produit concerné, la délimitation du marché pertinent en droit européen ne s'intéresse qu'aux « *substituts raisonnables* », voir, par exemple, décision de la Commission du 19 juill. 1991, IV/M.68, *Tetra Pak/Alfa-Laval*, JOCE L 290 du 22 oct. 1991, para. 2. Il s'agit également de la conception en droit antitrust américain, voir, par exemple, l'arrêt *Time-Picayune Publishing Co v. United States*, *op. cit.*

⁹⁸⁶ Arrêt de la CJCE du 25 oct. 1977, *Metro c./Commission*, C-26/76, *Rec.* p. 1875, attendu 21.

concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché⁹⁸⁷ ». Cette déclaration a été réaffirmée par la Commission dans sa décision *Irish Sugar*⁹⁸⁸. Elle s'inscrit dans la continuité de la pratique de la Commission et des juridictions européennes⁹⁸⁹.

729. Grâce à l'analyse de la substituabilité des produits, on peut également évaluer la nature et l'intensité de la concurrence⁹⁹⁰. La CJCE a souligné dans un arrêt que la nature et l'intensité de la concurrence puissent varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés⁹⁹¹. En effet, l'analyse de la substituabilité peut révéler la proximité des produits qui contribue à traduire le degré de concurrence entre eux. La théorie économique nous enseigne qu'une substitution parfaite implique des produits homogènes et une substitution imparfaite des produits différenciés. L'intensité de la concurrence est proportionnelle à la proximité des produits. Plus les produits sont proches, c. à. d. homogènes, plus l'intensité de la concurrence est forte. En revanche, la concurrence appréciée globalement sur le marché est moins intense dans le cas de produits très différenciés. À ce propos, il importe de souligner que d'un point de vue économétrique, la proximité des produits est mesurée via l'estimation de l'élasticité croisée de la demande⁹⁹². Dans certaines industries toutefois, elle peut

⁹⁸⁷ Arrêt de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, C-85/76, Rec. p. 461, para. 28.

⁹⁸⁸ Décision de la Commission du 14 mai 1997, IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar plc*, JOCE L 258 du 22 sept. 1997, para. 86.

⁹⁸⁹ Voir arrêts du Tribunal du 30 jan. 2007, *France Télécom c./Commission*, T-340/03, Rec. p. II-107, para. 80 ; du 28 avril 2010, *Amann & Söhne GmbH & Co KG c./Commission*, T-446/05, Rec. p. II-1255, para. 55 ; du 15 déc. 2010, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs c./Commission*, T-427/08, Rec. p. II-5865, para. 67.

⁹⁹⁰ Les professeurs F. JENNY et A. P. WEBER ont souligné que « *les imperfections ne sont pas uniformes d'une industrie à l'autre et que l'on peut caractériser certains marchés comme étant plus concurrentiels ou moins concurrentiels que certains autres* », L'entreprise et les politiques de concurrence : ententes, cartels, monopoles dans les économies occidentales, Paris, éd. d'Organisation, 1976, p. 24 ; J. M. CLARK constate que « *the specific character of competition in any given case depends on a surprisingly large number of conditions – so many, in fact, that the number of mathematically possible combinations runs into the hundreds or thousands – and suggests the possibility that every industry may be in some significant respect different from every other, or from itself at some other stage of development* », in « Toward a Concept of Workable Competition », *The American Economic Review*, vol. 30, n° 2, part 1, June 1940, p. 241-256, spéc. p. 243.

⁹⁹¹ Arrêt du CJCE du 25 oct. 1977, *Metro c./Commission*, *op. cit.*, attendu 20.

⁹⁹² Certains auteurs estiment, en tenant compte de l'hétérogénéité des produits, qu'il est difficile de mesurer la proximité des caractéristiques des produits alors que l'élasticité croisée de la demande permet de mesurer la proximité des produits à des fins de l'analyse concurrentielle, voir J. HAUSMAN, G. LEONARD & J. D. ZONA, « A Proposed Method for Analyzing Competition among Differentiated Products », *Antitrust Law Journal*, vol. 60, 1992, p. 889-900 ; J. HAUSMAN, G. LEONARD & J. D. ZONA, « Competitive Analysis with Differentiated Products », *Annales d'Economie et de Statistique*, 1994, p. 159-180.

être évaluée par la proximité des caractéristiques des produits ou services qui peut être directement mesurée et qui permet la part de marché des entreprises d'être facilement observée⁹⁹³. Dans un premier temps, la substituabilité permet ainsi de donner une première vue de la force concurrentielle des entreprises. Dans un second temps, de l'analyse de la substituabilité, l'on peut comprendre la structure du marché⁹⁹⁴ sur laquelle est fondé l'indice IHH⁹⁹⁵ qui, pour rappeler, constitue l'outil le plus courant pour mesurer le degré de concentration ou de concurrence du marché. C'est pour cela que dans son appréciation d'une opération de concentration, la Commission européenne se donne pour objectif de cerner le mieux possible les conditions de substituabilité entre les produits affectés par la concentration.

730. La substituabilité est donc d'une grande importance puisqu'elle fournit non seulement le cadre retenu pour procéder à l'analyse du rapport de concurrence entre les produits mais elle contribue aussi à caractériser la nature et l'intensité de la concurrence sur le marché. Ce sont des éléments qui servent ensuite à évaluer le pouvoir de marché que détient l'entreprise en cause.

B. L'évaluation du pouvoir de marché

731. L'un des rôles les plus importants de la délimitation du marché pertinent est l'évaluation du pouvoir de marché de l'entreprise concernée⁹⁹⁶. Outre l'indice de part de marché, la proximité des produits, ou autrement dit le degré de substitution des produits, est le paramètre principal de cette évaluation. En effet, la substituabilité est, comme on l'a indiqué, liée à l'élasticité croisée de la demande. Il est admis que plus l'élasticité est faible, moins les produits sont considérés comme substituables⁹⁹⁷. Cela peut permettre de révéler que l'entreprise en cause ne subit pas de forte pression concurrentielle pouvant l'empêcher de pratiquer de façon rentable des prix supérieurs au niveau concurrentiel⁹⁹⁸. Dans le cas extrême où la substituabilité est absente, on

⁹⁹³ B. MANTIN, D. GILLEN & T. T. DELIBASI, « Measuring Competition Intensity and Product Differentiation : Evidence from the Airline Industry », Hitotsubashi University, GRIPS seminar, Tokyo, 2016.

⁹⁹⁴ Par exemple, dans son arrêt *Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas*, la CJUE a jugé que pour l'étude de la structure de marché, il faudrait vérifier la substituabilité de la formation dite institutionnelle et de la formation dite professionnelle pour mieux apprécier si le règlement de l'ordre professionnel s'est réservé ou non une partie non négligeable du marché de la formation obligatoire des experts-comptables, CJUE du 28 fév. 2013, C-1/12, *Rec. numérique*, paras. 73-82.

⁹⁹⁵ V. *supra*, n° 83 et s.

⁹⁹⁶ V. *supra*, n° 48 et s.

⁹⁹⁷ V. *infra*, n° 1115 et s.

⁹⁹⁸ Pour la définition du pouvoir de marché, v. *supra*, n° 44.

peut considérer que le produit en question constitue un marché pertinent qui donne à l'entreprise concernée le pouvoir de fixer un prix monopole sans encourir le risque de perte de clientèle⁹⁹⁹.

732. En matière de contrôle des concentrations, la proximité des produits est liée, de manière générale, aux ratios de diversion¹⁰⁰⁰, lesquels utilisés notamment dans des méthodes économiques consacrées à l'évaluation directe du pouvoir de marché. Il est admis que plus le ratio de diversion est élevé, plus les produits en question sont substituables et donc plus la nouvelle entité issue de la concentration est capable d'augmenter ses prix sans subir de pertes significatives. Dans ce cas, le degré de substitution entre les produits des entreprises parties à la concentration est déterminant. S'ils sont fortement substituables, les contraintes concurrentielles que les parties exercent l'une sur l'autre avant la concentration sont fortes mais auront disparu après la concentration. On s'attendrait alors à ce qu'une grande partie de la demande reportée en raison de l'augmentation du prix du produit d'une partie sera récupérée par l'autre. Cette augmentation du prix est par conséquent rentable et la nouvelle entité est présumée détenir un pouvoir de marché. En revanche, si les produits concernés sont de faibles substituts l'un pour l'autre, peu de ventes perdues dues à l'augmentation du prix serait récupéré et resterait dans le groupe. L'augmentation du prix n'est alors pas rentable. Le degré de substitution entre les produits concernés peut alors être mis en évidence pour l'appréciation de la capacité de l'entreprise d'augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel.

733. Dans la pratique, la fixation de prix peut varier selon le produit en cause. Les développements dans les chapitres précédents ont montré que les entreprises cherchent toujours à acquérir un pouvoir de marché en différenciant leurs produits¹⁰⁰¹. Par conséquent, évaluer le pouvoir de marché revient à déterminer si l'entreprise en cause a réussi à différencier leurs produits par rapport aux autres produits disponibles du même secteur. A cet égard, il importe de souligner qu'il existe des cas où les caractéristiques techniques représentent en soi un critère indiscutable de la différenciation des produits, en d'autres termes, de l'absence de la substituabilité. Un premier exemple en est donné par la décision *Digital/Philips* où la Commission européenne distingue les stations de travail informatiques (*Workstations*) des petits

⁹⁹⁹ Voir V. KORAH, « Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86 », *CMLR*, vol. 17, 1980, p. 395-414; J. W. BROCK, « Industry structure and market power: the relevance of relevant market », *Antitrust Bulletin*, vol. 29, issue 3, 1984, p. 535-560.

¹⁰⁰⁰ V. *supra*, n° 469 et s.

¹⁰⁰¹ V. *supra*, n° 344 et s.

ordinateurs multipostes (*small multi-user computers*)¹⁰⁰². Les performances techniques étant spécifiques, la Commission estime que les stations de travail constituent un marché de produit distinct. De même, dans sa décision *Sextant/BGT-VDO*, différents instruments de mesure aéronautiques sont distingués selon leur caractéristiques et les fonctions que chacun est appelé à remplir¹⁰⁰³. Dans une autre affaire plus récente, la salmoniculture constituait un marché distinct notamment du fait de ses différences avec les autres saumons en termes de goût et de qualité¹⁰⁰⁴. La différenciation est particulièrement courante pour les produits pharmaceutiques dont les caractéristiques techniques distinctes conduisent souvent à la conclusion que le produit en question constitue à lui seul un marché pertinent. Pour les produits de ce secteur, la Commission se fonde généralement sur la classification des médicaments selon les indications thérapeutiques de l'association européenne EphMRA. L'ATC3 (*Anatomical Therapeutic Chemical – Level 3*) est souvent le point de départ de la Commission dans sa délimitation du marché. Dans l'affaire *Reckitt Benckiser/SSL*, elle a estimé que les produits des parties à l'opération de concentration étaient de proches concurrents, ce qui conduit à la conclusion que l'entité issue de la concentration aurait détenu une position particulièrement forte sur les marchés britanniques et irlandais des analgésiques, des antalgiques buccaux, des préparations pour la gorge, du traitement des symptômes gastro-intestinaux supérieurs et des antiprurigineux¹⁰⁰⁵.

734. Sur certains marchés où les infrastructures sont le facteur indispensable pour accéder à la clientèle, l'absence de substituts constitue l'indice de l'existence d'une position dominante¹⁰⁰⁶. Il s'agit particulièrement du cas des industries de réseaux, à savoir celles de télécommunications, d'énergie et de transport.

735. Par ailleurs, si l'on se réfère à la définition de la Commission européenne dans sa communication concernant les orientations sur les priorités pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, le pouvoir de marché est également apprécié à travers la production, l'innovation, la variété ou la qualité des produits¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² Décision de la Commission du 2 sept. 1991, IV/M.129, *Digital/Philip*, JOCE C 235 du 10 sept. 1991, para. 9.

¹⁰⁰³ Décision de la Commission du 21 déc. 1992, IV/M.290, *Sextant/BGT-VDO*, JOCE C 9 du 14 jan. 1993, para. 8.

¹⁰⁰⁴ Décision de la Commission du 30 sept. 2013, M.6850, *Marine Harvest/Morpol*, JOUE C 312 du 26 oct. 2013, paras. 26-28.

¹⁰⁰⁵ Décision de la Commission du 25 oct. 2010, COMP/M.5953, *Reckitt Benckiser/SSL*, JOUE C 333 du 10 déc. 2010, paras. 10-15. V. également le communiqué de presse IP/10/1378 du 25 oct. 2010.

¹⁰⁰⁶ Décision de la Commission du 21 déc. 1993, 94/119/CE, *Roedby*, JOCE L 55 du 26 fév. 1994.

¹⁰⁰⁷ V. *supra*, n° 44.

La substituabilité des produits constitue un moyen d'analyse de ces facteurs. En effet, en ce qui concerne l'innovation par exemple, les contraintes technologiques rendent les possibilités de substitution entre les produits plus réduites, voire nulles¹⁰⁰⁸. En l'absence de substituabilité, l'entreprise concernée se trouve sur un marché qui fonctionne de façon indépendante par rapport aux autres marchés du secteur et sur lequel elle a la capacité de pratiquer de façon rentable des prix au-dessus du niveau concurrentiel. En revanche, l'apparition de nouveaux produits innovants accroît les possibilités de substitution. Sur ce point, la substituabilité de l'offre permet de déterminer si la pression qu'exercent des entreprises susceptibles de modifier sa stratégie pour produire le bien concerné est de nature à diminuer le pouvoir de marché de l'entreprise en cause. Cette étude de substituabilité de l'offre peut également révéler l'exercice d'un pouvoir de marché lorsque les entreprises parties à une concentration proposent une grande variété de produits couvrant à peu près l'ensemble des gammes offertes sur le marché. En effet, si elles sont en mesure d'orienter, à court terme et à faibles coûts, leurs productions vers l'une de ces gammes, leurs produits deviennent alors substituables. L'entité issue de la concentration pourra donc effectivement augmenter de façon rentable les prix du produit concerné post-concentration.

736. Conclusion du B. Il en résulte qu'ainsi, en fonction de l'analyse de la substituabilité, les autorités de la concurrence peuvent évaluer si l'entreprise en cause se trouve dans une position lui permettant de fixer un prix supérieur au niveau concurrentiel.

737. Conclusion du §2. Conçue au départ par les économistes comme un instrument de mesure quantitative des variations de prix et des quantités, la substituabilité a une fonction instrumentaliste à deux volets sur le plan juridique. D'une part, elle permet de déterminer le cadre de la concurrence effective sur lequel est apprécié le rapport de concurrence entre produits ou services. C'est sur cette appréciation que les autorités de concurrence se basent pour analyser ensuite la nature et l'intensité de la concurrence. D'autre part, elles se réfèrent à la substituabilité pour évaluer si un pouvoir de marché est exercé. Les deux aspects de la fonction de la

¹⁰⁰⁸ Voir C. PLEATSIKAS & D. TEECE, « The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, p. 665-693 ; Décision de la Commission du 2 juin 2006, COMP/M.4207, *Campina/Fonterra Co-operative Group/JV*, JOCE C 194 du 18 août 2006, paras. 31-52 : la Commission a rejeté l'argument des parties selon lequel le lactose de qualité alimentaire et le lactose de qualité pharmaceutique constituaient un marché unique en raison de leur substituabilité du côté de l'offre, notamment parce que plusieurs mesures étaient encore nécessaires pour la production du lactose de qualité pharmaceutique, notamment des essais, la certification, la traçabilité et des mesures d'assurance qualité.

substituabilité génèrent une implication importante dans la mesure où l'évaluation du pouvoir de marché est liée étroitement à l'appréciation du rapport de concurrence entre les produits.

738. Conclusion de la Section 1. L'ensemble des développements qui précèdent ont montré que la substituabilité trouve son fondement dans la théorie économique en se reposant sur le concept de l'élasticité croisée de la demande. La jurisprudence se réfère ensuite à celui-ci pour délimiter le marché, ce qui crée le fondement juridique de la substituabilité et fait d'elle une notion revêtue d'un caractère quasi légal pour la délimitation du marché pertinent. C'est sur cette notion que les juges et la Commission européenne s'appuient pour apprécier les rapports concurrentiels des produits ou services fournis par les entreprises en cause. En d'autres termes, ils se réfèrent à cette notion pour déterminer si deux produits ou services appartiennent à un même marché de produit et géographique. Sur le plan juridique, la substituabilité a évolué et est appréciée, contrairement à sa conception originelle fondée sur l'élasticité croisée de la demande, à partir de critères tant qualitatifs que quantitatifs. Les résultats de cette appréciation permettent aux juges et à la Commission de procéder ensuite à l'analyse visant à déterminer si un pouvoir de marché est exercé sur le marché concerné.

739. Transition. Devenue d'un usage courant dans les décisions et la jurisprudence européennes, l'analyse de la substituabilité s'opère par plusieurs méthodes dont la mise en œuvre et les résultats obtenus sont dépendants des données requises pour l'analyse.

Section 2. Les sources d'analyse de la substituabilité

740. Dans la délimitation du marché pertinent, il est exigé que la Commission européenne reste ouverte à l'ensemble des éléments de preuves et arguments qui peuvent lui être présentés¹⁰⁰⁹. Par le rassemblement et le tri des données, la Commission constitue les éléments de preuves nécessaires pour fonder la détermination des contours du marché pertinent. Au fil du temps, la profondeur et l'ampleur de la collecte et de l'analyse d'informations ont considérablement augmenté, ce qui fait de l'examen des concentrations européennes un exercice

¹⁰⁰⁹ Conclusion de l'Avocat général Sir Gordon SLYNN du 13 juillet 1983 dans l'affaire *Hasselblad c./Commission*, C-86/82, *op. cit.*, p. 914. La communication sur la définition du marché en cause confirme que la Commission adopte « une approche souple, en se fondant sur des éléments empiriques et en exploitant toutes les informations dont elle dispose et qui peuvent lui être utiles pour l'appréciation des cas concrets », para. 25.

exigeant en ressources et parfois très long¹⁰¹⁰. Les sources d'information nécessaires au travail de délimitation du marché sont multiples et diversement fiables. La lecture de la jurisprudence montre, d'une part, que le recueil des données utiles à cette analyse peut s'effectuer de plusieurs manières (§1). Elle révèle, d'autre part, que cette opération n'est pas toujours facile et que la Commission se trouve confrontée à des difficultés parfois insurmontables (§2).

§1. Le recueil des données

741. Dans la pratique, la Commission européenne insiste sur la nécessité d'une évaluation économique factuelle¹⁰¹¹. Pour cela, elle s'appuie de plus en plus sur des données empiriques et des informations économiques mais aussi sur diverses autres sources d'information. Les données destinées à cette évaluation sont celles fournies par les entreprises concernées (A) et recueillies par la Commission elle-même (B).

A. Les données fournies par les entreprises concernées

742. La position des entreprises concernées sur la délimitation du marché est le point de départ de l'analyse de la Commission. En effet, les entreprises sont parfois détentrices d'informations essentielles, plus détaillées et plus nombreuses que celles que peut se procurer la Commission par ailleurs¹⁰¹². Bien que la fourniture de données par les entreprises soit davantage exigée dans les cas des concentrations que dans ceux des pratiques anticoncurrentielles, elle concerne de façon générale la délimitation du marché quel que soit le texte de concurrence mis en œuvre. Le formulaire CO est une source de données importante pour l'examen de toute opération de

¹⁰¹⁰ En matière de contrôle des concentrations européen, la longueur du formulaire de notification CO soumis à la Commission était moins de 100 pages au début des années 1990, et dépassait rarement 200 pages dans les 1990. Ces dernières années, elle a parfois dépassé 500 pages et peut être complétée par de nombreuses annexes. Pour les données à fournir dans le formulaire CO, voir *infra*, n° 742.

¹⁰¹¹ XXIII^e rapport sur la politique de concurrence, Commission des Communautés européennes, 1993, pt. 273.

¹⁰¹² Décision de la Commission du 16 jan. 1993, IV/M.623, *Kimberly-Clark/Scott*, JOCE L 183 du 23 juill. 1996, pt. 61 : « *Les parties notifiantes ont fourni de nombreuses informations (European Tissue Symposium 1993 – ETS) qui démontrent que les échanges de produits en papier-tissu entre États membres de l'Union européenne sont considérables. Elles ont produit ces données afin de démontrer l'existence d'un marché géographique en cause dont les limites seraient l'Europe occidentale. À l'échelle de l'Europe occidentale, les importations couvrent 3 à 4 % environ de la consommation, tandis que la part de la production exportée est de l'ordre de 2 %. La Commission accepte l'argument des parties selon lequel, compte tenu de ces données, le marché géographique en cause ne peut aller au-delà de l'Europe occidentale* » ; décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, JOUE C 96 du 25 avril 2009, para. 88 : « [...] *Les données relatives à la marge brute communiquées par Arjowiggins sont donc particulièrement utiles pour déterminer le rôle de l'évolution commune des coûts des intrants. Les conclusions figurant à l'annexe 1 montrent que les coefficients de corrélation des prix à excluant les coûts des intrants (marges brutes) sont très bas et n'atteignent pas – et de loin – des valeurs telles qui permettraient de considérer les pays comme faisant partie du même marché* ».

concentration (1). Dans le contexte où la Commission mène de plus en plus d'analyses économiques, on assiste à une exigence croissante adressée aux entreprises concernées de fournir des documents d'affaires internes (2), mais aussi au développement du recours à des études que les entreprises réalisent elles-mêmes (3).

1. Le formulaire CO

743. Depuis les premiers jours du contrôle européen des concentrations, la Commission européenne s'est largement appuyée sur les informations fournies par les parties notifiantes et par les tiers concernés pour procéder à l'examen des opérations. Le formulaire CO est le document obligatoire à joindre au dossier de notification d'une opération de concentration. Il s'agit d'un document important qui exige, d'une part, des entreprises notifiantes qu'elles prennent position sur l'étendue du marché pertinent et qui leur offre, d'autre part, la meilleure occasion de fournir des éléments de preuve concernant leur point de vue sur l'étendue du marché de produit et géographique en cause. Lorsqu'il existe des différences entre la position adoptée dans le formulaire CO et celles avancées dans d'autres observations présentées par les parties notifiantes, la Commission peut être sceptique si leurs arguments et explications ne sont pas cohérents¹⁰¹³.

744. Dans le formulaire CO le plus récent¹⁰¹⁴, datant de 2013, la Section 6 est consacrée à l'exposition de la position des entreprises notifiantes sur la délimitation du marché. Ainsi, il est exigé que les parties notifiantes présentent des informations non seulement sur les définitions des marchés de produits et des marchés géographiques qu'elles jugent pertinents, mais aussi sur toutes les autres définitions possibles des marchés de produits et des marchés géographiques.

745. Outre l'exigence de fournir des informations considérables concernant l'opération, à savoir la concentration elle-même, les marchés de produits et géographiques en cause, les conditions de la concurrence sur les marchés affectés (structure de la demande et de l'offre, degré de différenciation des produits, proximité de la concurrence, barrières à l'entrée et de

¹⁰¹³ Par exemple, dans sa décision du 16 avril 2008 dans l'affaire *ABF/GBI Business*, COMP/M.4980, paras. 82-83, la Commission européenne a contrasté la position avancée par les parties notifiantes quant à l'existence d'un marché européen de la levure comprimée avec celle qu'elles lui avaient présentée trois mois auparavant qui suggérait fortement l'existence de marchés nationaux.

¹⁰¹⁴ Règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Annexe 1 – Formulaire CO relatif à la notification d'une concentration conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, JOUE L 336 du 14 déc. 2013.

sortie, nature et importance de la R&D, etc.), le formulaire CO précise les pièces justificatives qui doivent être fournies. Ces dernières sont des documents revêtant une importance particulière : les présentations au conseil d'administration, des sondages, des analyses, des rapports et des études portant sur l'opération, la justification économique de la concentration et son importance concurrentielle ou le contexte du marché dans lequel elle est réalisée¹⁰¹⁵. Ces documents d'affaires internes sont de plus en plus exigés, notamment dans les affaires particulièrement complexes.

2. Les documents d'affaires internes

746. Il convient de souligner tout d'abord que l'examen des documents internes des entreprises concernées peut ne pas être déterminant à la délimitation du marché mais il peut amener la Commission à examiner ou réévaluer plus attentivement son approche de la délimitation du marché pertinent. En effet, la Commission européenne a réévalué, dans l'affaire *SSAB/Rautaruukki*¹⁰¹⁶, sa précédente définition du marché géographique à l'échelle de l'EEE de l'approvisionnement des aciers au carbone standard. Elle a identifié un marché limité à la région nordique après l'examen du plan d'intégration post-concentration des parties à l'opération, qui considère la région nordique comme distincte du reste de l'EEE¹⁰¹⁷.

747. Les documents internes peuvent fournir des indications précieuses sur la manière dont les entreprises perçoivent l'étendue du marché sur lequel ils sont en concurrence ainsi que les contraintes concurrentielles auxquelles est confrontée l'entreprise en cause¹⁰¹⁸. Au fil des ans, la Commission européenne a accordé une importance croissante à cette source d'information. Elle souligne que « *les documents internes peuvent s'avérer être une source de preuves particulièrement utile dans des domaines d'enquête spécifiques. Par exemple, elles permettent souvent à la Commission de vérifier les allégations factuelles faites par les parties et les données qu'elles présentent. Les documents internes sont souvent essentiels pour comprendre les facteurs*

¹⁰¹⁵ Voir DG Competition's Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20 janvier 2004, para. 17.

¹⁰¹⁶ Décision de la Commission du 14 juill. 2014, COMP/M.7155, *SSAB/Rautaruukki*, JOUE C427 du 28 nov. 2014

¹⁰¹⁷ *Id.*, para. 72.

¹⁰¹⁸ Décision de la Commission du 9 déc. 2004, COMP/M.3440, *ENI/EDP/GDP*, JOUE L 302 du 19 nov. 2005, para. 267 : « [...] La Commission considère également que le point de vue des parties et des concurrents en ce qui concerne la segmentation du marché en termes commerciaux influence la concurrence entre les entreprises sur ces marchés ou segments de marché, particulièrement si les perceptions des parties et des concurrents convergent dans une large mesure ».

*qui influent sur les incitations des parties avant et après la fusion proposée*¹⁰¹⁹ ». Elle précise également que les documents internes préparés dans le cours normal des affaires, par exemple avant que l'opération de concentration proposée ne soit approuvée ou à l'insu des problèmes de concurrence préliminaires, peuvent avoir une valeur probante plus élevée que les documents internes préparés pour la Commission ou influencés par l'examen par la Commission de l'opération envisagée car le premier type de documents internes reflète généralement l'information de manière objective et indépendante de la procédure de la Commission¹⁰²⁰. Dans sa décision du 9 janvier 2009 relative à la concentration *Arsenal/DSP*, la Commission s'est appuyée, sur les documents internes qui soulignent les désavantages concurrentiels découlant des coûts de transport et des droits de douane pour ne pas tenir compte d'une éventuelle pression concurrentielle des importations¹⁰²¹. Dans l'affaire *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, elle s'est largement appuyée sur des documents internes pour étayer sa conclusion selon laquelle les produits dérivés négociés en bourse (*exchange-traded derivatives – ETDs*) et de gré-à-gré (*over-the-counter – OTC*) n'étaient pas en concurrence sur le même marché de produits. Elle concluait ainsi que « *de nombreux documents internes indiquent plutôt une pression concurrentielle unilatérale potentielle exercée par les produits dérivés négociés en bourse sur les produits dérivés négociés de gré-à-gré, alors qu'aucun document interne ne mentionne directement la substitution entre les ETDs et les OTC en cas de hausse des prix*¹⁰²² ». De même, dans la fusion des deux entreprises actives dans le secteur des chlorures de vinyle *INEOS/Solvay/JV*, lorsqu'elle a identifié le Nord-Ouest de l'Europe (ou au mieux, le Nord-Ouest de l'Europe plus l'Autriche, la Finlande, l'Italie et la Suisse) comme marché géographique pour la fabrication et la fourniture de la matière première S-PVC, la Commission a accordé une grande importance aux documents internes faisant référence à un marché ouest-européen du S-PVC et décrivant des barrières à l'entrée élevées¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ Décision de la Commission du 27 mars 2017, COMP/M.7932, *Dow/Dupont*, JOUE C 356 du 21 oct. 2017, para. 44.

¹⁰²⁰ *Id.*, para. 46.

¹⁰²¹ Décision de la Commission du 9 jan. 2009, COMP/M.5153, *Arsenal/DSP*, JOUE C 227 du 22 sept. 2009, para. 57.

¹⁰²² Décision de la Commission du 1^{er} fév. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, para. 361.

¹⁰²³ Décision de la Commission du 8 mai 2014, COMP/M.6905, *INEOS/Solvay/JV*, JOUE C 407 du 15 nov. 2014, paras. 365-390 et 405. V. également décisions de la Commission du 10 mai 2007, COMP/M.4381, *JCI/Fiamm*, JOUE C 241 du 8 oct. 2009, paras. 200-203 (la Commission s'est appuyée sur les documents internes suggérant que les parties à la concentration ont élaboré une stratégie concurrentielle pays par pays pour soutenir sa détermination des marchés géographiques nationaux des batteries de démarrage vendues pour des applications indépendantes sur le

748. Les documents internes ont joué un rôle particulièrement important dans les grandes affaires récentes en matière d'abus de position dominante en Europe. En effet, dans un discours de 2018¹⁰²⁴, la commissaire européenne à la concurrence Margrethe VESTAGER a précisé l'importance des documents internes reçus de la part d'Apple dans sa grande décision infligeant à Qualcomm une amende de 997 439 000 EUR pour l'abus de sa position dominante sur le marché mondial des puces électroniques LTE¹⁰²⁵. Elle souligne que ces documents ont permis à son équipe d'atteindre une compréhension à laquelle elle « *n'aurait jamais pu (...) parvenir en examinant uniquement les prix et les coûts*¹⁰²⁶ ». Dans sa fameuse décision *Google* de l'année précédente, la Commission est parvenue à la conclusion que les marchés nationaux de la recherche générale et les marchés nationaux des services de comparaison de prix dans l'EEE constituaient les marchés pertinents sur lesquels Google a abusé de sa position dominante. Cette conclusion se fonde largement sur les documents internes¹⁰²⁷ qui montrent par ailleurs que Google savait que son service de comparaison de prix ne fonctionnait pas bien et qu'il a donc décidé de le promouvoir en réservant, sur ses pages de résultats de recherche générale, un placement et un affichage plus favorables à son propre service par rapport aux services de comparaison de prix concurrents.

749. Dans de nombreuses affaires, la Commission s'est appuyée également sur les données concernant les appels d'offres auxquels les parties concernées ont participé pour déterminer s'il existe des types de clients ou des zones géographiques où elles semblent se faire concurrence

marché secondaire) ; du 19 mai 2006, COMP/M.3998, *Axalto/Gemplus*, JOCE C 196 du 19 août 2006, para. 23 (la Commission s'est appuyée, *inter alia*, sur l'organisation interne des principaux fabricants pour confirmer que la distinction par application finale constituait l'approche de la Commission en matière de délimitation du marché dans le secteur des cartes à puce) ; du 29 mars 2006, COMP/M.3975, *Cargill/Degussa Food Ingredients*, JOCE L 316 du 4 déc. 2007, paras. 22-29 (la Commission s'est appuyée, *inter alia*, sur les documents internes des parties ainsi que sur des éléments de preuve concernant la qualité et les caractéristiques du produit, pour affirmer que la substituabilité de la lécithine et des émulsifiants synthétiques n'est que limitée et que ces deux types de produits appartiennent à des marchés de produits distincts) ; du 5 déc. 2001, COMP/37.859, *De Post – La Poste*, JOCE L 61 du 2 mars 2002, para. 41 (la Commission s'est fondée sur des éléments de preuve tirés de documents internes montrant que La Poste a reconnu une distinction du côté de la demande entre le service général de la poste aux lettres et le service « entreprise vers entreprise »).

¹⁰²⁴ M. VESTAGER, « Fairness and Competition », *GCLC Annual Conference*, Brussels, 25 January 2018, disponible sur le site https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en (consulté le 4 mai 2019).

¹⁰²⁵ Décision de la Commission du 24 janvier 2018, AT.40220, *Qualcomm* (pas encore publié).

¹⁰²⁶ M. VESTAGER, « Fairness and Competition », *op. cit.*

¹⁰²⁷ Décision de la Commission du 27 juin 2017, AT. 39740, *Google Search (Shopping)*, JOUE C 9 du 12 jan. 2018, paras. 154-263, spéc. paras. 220, 223, 227.

plus souvent, et de manière plus générale, identifier quels sont les autres concurrents qui constituent une alternative crédible¹⁰²⁸.

750. Une autre source de données aussi importante que la Commission ne néglige pas concerne les études fournies par les entreprises.

3. La fourniture d'études par les entreprises

751. Les études présentées par les entreprises sont tant statistiques qu'économétriques et se développent particulièrement en matière de contrôle des concentrations¹⁰²⁹. Les entreprises peuvent fournir ces études non seulement lors de la phase de notification de l'opération mais aussi dans le cadre du débat contradictoire qui s'établit avec la Commission sur la délimitation du marché. Les études réalisées par des consultants économiques externes ou des universitaires sont fréquemment soumises par les parties concernées. Elles font l'objet de vérifications tout le long du processus de leur établissement.

752. En effet, il existe plusieurs facteurs affectant la qualité des études à savoir les données utilisées, la méthode de mise en œuvre et l'interprétation des résultats¹⁰³⁰, ce qui affecte finalement la détermination des contours du marché pertinent. La lecture des décisions de la Commission européenne montre que l'inadéquation des données utilisées pour délimiter le marché provoque souvent le rejet par la Commission des résultats des études fournies par les

¹⁰²⁸ Décision de la Commission du 26 oct. 2004, COMP/M.3216, JOUE L 218 du 23 août 2005, paras. 187-189.

¹⁰²⁹ Contrairement aux études présentées par les parties concernées, la Commission européenne effectue elle-même ses études économétriques (qui sont réalisées par l'équipe d'économistes de la DG Concurrence ou par les consultants externes) en fondant sur les résultats de ses enquêtes. Il s'agit de sa pratique courante, en particulier mais pas exclusivement dans les concentrations complexes. À titre d'exemple, la Commission a effectué l'analyse de la stationnarité des prix relatifs dans la concentration *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex* pour définir le marché géographique en cause. En effet, le principal marché examiné dans le cadre de l'opération était le marché du papier autocopiant et la question de savoir si le marché géographique était plus vaste que l'Allemagne. Les parties à l'opération ont affirmé que le marché géographique était à l'échelle européenne en raison des coûts de transport relativement faibles, des échanges intra-européens et de la fabrication centralisée. Toutefois, l'analyse de la stationnarité de prix effectuée par la Commission a révélé qu'il n'existait généralement pas de relation stable à long terme entre les prix pratiqués en Allemagne et ceux pratiqués dans d'autres États membres, ce qui n'étayait pas les arguments des parties selon lesquels le marché était à l'échelle européenne. Décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, JOUE C 96 du 25 avril 2009, paras. 68-72.

¹⁰³⁰ DG Competition's Best Practices on the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger cases, 17 oct. 2011, para. 14: « [...] otherwise valid economic analysis may not always produce unambiguous results when applied to the facts of a competition or merger case. Contradictions may result from differences in the data, differences in the approach to economic modeling or in the assumptions used to interpret the data or differences in the empirical techniques and methodologies ».

entreprises concernées. Dans l'affaire *Olympic/Aegean Airlines*¹⁰³¹, les parties à l'opération ont soumis plusieurs études et analyses empiriques qui viennent appuyer leur définition du marché pertinent ainsi que leurs analyses des contraintes concurrentielles. En l'espèce, dans l'analyse de la substituabilité entre les services de transport aérien et les services de transports maritime et ferroviaire, elles ont soumis un rapport comportant quatre études économiques qui visent à renforcer leur affirmation selon laquelle les services de transbordeurs et ceux de transport aérien sont substituables. Cependant, les résultats retirés de toutes ces quatre études ont été rejetés par la Commission. Pour la première étude visant à établir une analyse globale des relations de substitution et de complémentarité entre tous les modes de transport disponibles pour les déplacements intérieurs en Grèce, la Commission avait fait valoir qu'en utilisant les données d'une période durant laquelle Aegean n'était pour la plupart pas active sur le marché (1994 – 2004), cette étude ne fournissait aucune information significative sur la mesure dans laquelle les services de ferries exerçaient une pression concurrentielle significative sur les compagnies aériennes¹⁰³². De même, la Commission a critiqué les données utilisées dans la deuxième étude qui couvrait la période de 1968 à 2000. Ces données étaient encore plus anciennes que celles utilisées dans la première étude et se réfèrent à une période pendant laquelle Aegean n'était pas présente sur le marché¹⁰³³. La troisième étude fournie par les parties examinait le point de vue des passagers voyageant à des fins de loisirs vers les îles par voie aérienne et maritime et avait été réalisée au moyen d'une enquête par questionnaire. Le résultat de cette étude a été rejeté par la Commission parce que, *inter alia*, (i) l'étude supposait que tous les répondants à l'enquête étaient des passagers de loisirs sans vérification apparente d'une telle hypothèse ou sans aucune tentative d'identification des différents segments de passagers en ce qui concerne la sensibilité aux prix ; (ii) les résultats n'étaient pas spécifiques à une route aérienne et (iii) l'échantillon utilisé était très limité¹⁰³⁴. Les données utilisées dans la quatrième étude ont été également estimées inadéquates pour délimiter le marché, ce qui a fait que l'étude ne permettait pas de

¹⁰³¹ Décision de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, JOUE C 195 du 3 juill. 2012.

¹⁰³² *Id.*, paras. 212-213. Une autre raison pour laquelle le résultat de l'étude a été rejeté consiste au fait qu'elle n'a pas traité la question centrale pour la délimitation du marché en l'espèce, à savoir dans quelle mesure les passagers voyageant par avion sur une liaison donnée à un moment donné envisageraient de passer aux services de ferry si les prix du service de transport aérien augmentaient d'un montant faible mais non transitoire, voir paras. 215.

¹⁰³³ *Id.*, para. 217.

¹⁰³⁴ *Id.*, para. 218. En ce qui concerne les critiques de la Commission de la méthodologie de la réalisation des enquêtes de clientèle par les entreprises en cause, voir également décision de la Commission du 19 déc. 2007, COMP/34.579, *MasterCard I*, JOUE C 264 du 6 nov. 2009, paras. 291-296.

fournir la preuve de la substituabilité entre les services de transport aérien et les services de transports maritime et ferroviaire¹⁰³⁵.

753. Conclusion du A. Les données produites par les entreprises concernées constituent de premières sources d'information pour la délimitation du marché. En matière de contrôle des concentrations, le formulaire CO soumis par les parties à l'opération fournit l'ensemble de données caractérisant le marché et révèle la position des parties à l'égard du marché pertinent. On remarque en outre qu'au fil des ans, la Commission européenne est devenue beaucoup plus exigeante en ce qui concerne les documents internes qui doivent être produits par les entreprises concernées. Ces documents internes peuvent en effet fournir des informations sur la manière dont les entreprises perçoivent l'étendue du marché en cause sur lequel ils sont en concurrence. En particulier, les études, surtout les études économiques, sont devenues un élément important de l'analyse de la substituabilité. Dans les affaires complexes, les entreprises ont tendance de fournir des études statistiques et économiques afin d'appuyer leur délimitation du marché pertinent.

754. Transition. Les données et études fournies par les entreprises concernées sont normalement vérifiées et utilisées par la Commission européenne en vue d'établir les éléments de preuve pour son appréciation de la substituabilité. Ces données sont complétées par celles recueillies par la Commission elle-même auprès de divers acteurs du marché.

B. Les données recueillies par la Commission européenne

755. La Commission européenne dispose d'un large pouvoir pour collecter des données utiles à l'examen d'une affaire¹⁰³⁶. En fonction du type de l'affaire, de sa complexité ainsi que des

¹⁰³⁵ Décision de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, op.cit., paras. 219-221.

¹⁰³⁶ Le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE, op. cit., considérants 23-26 : « [...] La Commission doit disposer dans toutes la Communauté du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. [...] La détection des infractions aux règles de concurrence devenant de plus en plus difficile, il est nécessaire, pour protéger efficacement la concurrence, de compléter les pouvoirs d'enquête de la Commission. La Commission doit notamment pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations. [...] il convient de permettre aux agents et aux autres personnes mandatées par la Commission d'accéder à tous les locaux où des documents professionnels sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés ». Aussi le règlement 139/2004 en matière de contrôle des concentrations confère-t-il à la Commission un même pouvoir d'investigation étendu, voir considérants 38-39 et articles 11 et 13. Il est important toutefois de noter qu'alors que la Commission est habilitée à accéder aux domiciles privés des représentants ou des

particularités du secteur économique, les données collectées par la Commission sont tant qualitatives que quantitatives. Pour cela, elle s'appuie sur diverses sources. Sur le plan pratique, outre les données fournies par les entreprises concernées, les rapports annuels les concernant, la demande d'information sous forme de questionnaires auprès de divers acteurs du marché et les études économiques sont les principaux moyens de réunir les données utilisés par la Commission. Ces données peuvent être complétées par la visite des locaux¹⁰³⁷, les enquêtes de clientèle ou encore les enquêtes sectorielles¹⁰³⁸. Pour les catégoriser, les données recueillies par la Commission sont de deux sources principales : des sources publiques (1) et des sources que l'on appelle « *market testing* » (2).

1. Les données recueillies à partir de sources publiques

756. Les sources publiques sont constituées d'informations en relation d'affaires avec les entreprises en cause recueillies auprès des services publics et sectoriels (a). En outre, la Commission européenne accorde de plus en plus d'importance aux déclarations faites par les entreprises concernées en dehors du cadre de la procédure (b).

a. Les documents publics

757. Les données recueillies des sources publiques sont souvent des sources écrites obtenues auprès des services gouvernementaux ou sectoriels. Dans son analyse de la substituabilité entre les plastifiants à base de dibenzoate et les plastifiants à base de phtalate dans l'affaire

employés des entreprises concernées dans le cadre d'enquête des pratiques interdites par les articles 101 et 102 TFUE, elle ne l'est pas dans le cadre d'investigation d'une opération de concentration.

¹⁰³⁷ Par exemple, dans le cadre de son enquête approfondie sur le marché concernant le projet de concentration entre Outokumpu et Inoxum, la Commission a organisé une visite des locaux d'Outokumpu en Finlande et de l'un des principaux clients des parties aux Pays-Bas afin de mieux comprendre le secteur dans lequel l'opération devait avoir lieu, décision de la Commission du 7 nov. 2012, COMP/M.6471, *Outokumpu/Inoxum*, JOUE C 312 du 26 oct. 2013, para. 114.

¹⁰³⁸ La Commission européenne est habilitée, en vertu de l'article 17 du règlement 1/2003, de mener son enquête sur un secteur particulier de l'économie si la concurrence à l'intérieur du marché commun dans ce secteur là est restreinte ou faussée. Alors que, par le passé, la Commission n'a que rarement utilisé son pouvoir pour enquêter sur un secteur entier, elle a considérablement, ces dernières années, accru le nombre de ses enquêtes dans des secteurs clés de l'économie. En particulier, elle a ouvert des enquêtes sur la concurrence dans les secteurs des médias (l'Enquête sur la fourniture de contenus à caractère sportif sur les réseaux mobiles de troisième génération, « 3G »), de l'énergie (l'Enquête sur les marchés du gaz et de l'électricité), des services financiers (l'Enquête sur la banque de détail et l'assurance des entreprises) et des produits pharmaceutiques. Il convient de noter que les demandes d'information de la Commission dans le cadre d'enquêtes sectorielles peuvent être extrêmement détaillées. Par exemple, en ce qui concerne l'enquête sur le secteur pharmaceutique lancée en janvier 2008, la Commission a envoyé des questionnaires à une centaine de producteurs en mars 2008 et à une centaine d'autres parties prenantes en avril et mai 2008. Ces documents comprenaient plus d'une centaine de pages de questions.

Arsenal/DSP, la Commission s'est largement appuyée sur le rapport sur le benzyl butyl phtalate (BBP) du Bureau européen des substances chimiques, ainsi que sur d'autres rapports spéciaux, pour aboutir à la conclusion que les plastifiants à base de dibenzoate constituent un marché distinct en raison des contraintes différentes et divergentes, imposées notamment par la législation communautaire et les perceptions des consommateurs auxquels ces substances sont soumises¹⁰³⁹.

758. La Commission exploite également les études ou statistiques établies par des organismes spécialisés dans les enquêtes de consommation ou d'opinion. Dans certaines industries à savoir celle des biens de consommation, les données enregistrées par le scanner pour les ventes au détail sont souvent disponibles, en particulier via des sociétés d'études de marché telles que Nielsen, Gfk ou Gartner. Dans ces ensembles de données, les volumes unitaires et les volumes de ventes sont généralement disponibles au niveau des produits dégagés et de la fréquence de leur vente. Une description des principales caractéristiques du produit y est également donnée. La classification des produits effectuée dans ces ensembles de données peut fournir les premières approximations des segments de marché pertinents dans l'industrie¹⁰⁴⁰.

759. En outre, la Commission s'appuie sur les documents techniques, rapports¹⁰⁴¹ et publications spécialisées¹⁰⁴² dont les sources peuvent être variées.

¹⁰³⁹ Décision de la Commission du 9 jan. 2009, COMP/M.5153, *Arsenal/DSP*, op. cit., paras. 150-154.

¹⁰⁴⁰ Voir par exemple, décision de la Commission du 22 déc. 2005, COMP/M.3978, *Oracle/Siebel*, JOUE C 18 du 25 jan. 2006 (la Commission s'est appuyée sur la segmentation de Gartner afin de définir les marchés de produits en cause dans le secteur des technologies de l'information) ; décisions de la Commission du 17 juill. 2008, *Pernod Ricard/V&S*, JOUE C 219 du 28 août 2008 ; du 6 jan. 2010, M.5644, *Kraft Foods/Cadbury*, JOUE C 29 du 5 fév. 2010 ; du 17 nov. 2010, COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee*, JOUE C 23 du 28 jan. 2012.

¹⁰⁴¹ Décision de la Commission du 30 jan. 2008, COMP/M.4734, *Ineos/Kerling*, JOUE C 219 du 28 août 2008, para. 124 : « Pour estimer la capacité de production inutilisée susceptible d'être disponible dans un avenir proche et d'être mobilisée pour répondre à la demande au Royaume-Uni, la Commission a réalisé une analyse prospective reposant, d'une part, sur les estimations figurant dans un rapport de la CMAI concernant l'équilibre entre l'offre et la demande du marché et, d'autre part, sur ses propres estimations quant à la capacité de production inutilisée actuelle et à venir [...] ».

¹⁰⁴² Dans sa décision du 7 nov. 2012, COMP/M.6471, *Outokumpu/Inoxum*, op. cit., paras. 192-196, la Commission s'est appuyée, *inter alia*, sur la présentation d'Euroinox sur la répartition de la production d'acier inoxydable par type et par industrie pour conclure qu'aucune délimitation du marché par application finale des produits plats laminés à froid ne devrait être envisagée dans le cas d'espèce. Dans le secteur d'énergie, la revue Oil & Gas publie une liste de toutes les raffineries du monde avec des estimations de la capacité et de la production sur laquelle la Commission ainsi que les autorités de concurrence peuvent également s'appuyer pour délimiter le marché pertinent.

760. Une source d'information supplémentaire que la Commission européenne ne néglige pas concerne les déclarations faites par les entreprises en dehors du cadre de la procédure de la Commission.

b. Les déclarations faites en dehors de la procédure

761. Dans de nombreuses affaires, la Commission accorde beaucoup de valeur aux déclarations faites par les entreprises concernées en dehors du cadre de la procédure de la Commission, qui peuvent contenir des données constituant de véritables preuves pour la délimitation du marché. Par exemple, dans sa décision du 2 avril 2003 concernant la concentration *NewsCorp/Telepiù*, la Commission s'est fondée, notamment pour déterminer si les activités de télévision payante des parties notifiantes ne seront pas entravées par les câblo-opérateurs post-concentration, sur la déclaration faite par l'une des parties lors de conférences au monde des analystes financiers. Cette déclaration indiquait que l'entité issue de la concentration ne se heurterait à « aucune concurrence du câble » en Italie¹⁰⁴³.

762. Outre les sources publiques, la Commission procède activement à ce que l'on appelle le « *market testing* », afin de vérifier et de compléter les informations recueillies auprès des entreprises concernées.

2. Les données recueillies à partir du « *market testing* »

763. La Commission procède de plusieurs manières pour collecter des données utiles à son analyse. Étant donné que la procédure est une procédure administrative écrite, les éléments de preuve doivent être compris dans le dossier de la Commission de manière à ce que celle-ci puisse s'y référer dans sa décision et qu'ils puissent être mis à la disposition des parties lorsqu'elles demandent l'accès au dossier. Par conséquent, la principale méthode pour recueillir des éléments de preuve consiste à la demande écrite d'information, qui est généralement envoyée par le biais de questionnaires électroniques¹⁰⁴⁴ et peut être suivie d'appels supplémentaires et/ou d'entretiens formels et informels avec des tiers (par téléphone) en vue de clarifier les réponses et de recueillir

¹⁰⁴³ Décision de la Commission du 2 avril 2003, COMP/M.2876, *NewsCorp/Telepiù*, JOUE L 110 du 16 avril 2004, para. 103.

¹⁰⁴⁴ Cela se fait en ligne via a site web, qui fournit aux répondants un espace de travail sécurisé pour soumettre leurs réponses à la Commission.

des informations supplémentaires¹⁰⁴⁵ (a). Par ailleurs, les données peuvent également être obtenues auprès des gouvernements nationaux et des autorités de la concurrence nationales (b).

a. Les données recueillies auprès des participants du marché

764. La Commission européenne a le pouvoir de mener des inspections et des enquêtes auprès d'un large éventail de participants du marché. En général, les données pour l'analyse de la substituabilité sont principalement recueillies par la Commission auprès des clients des parties concernées (i), de leurs concurrents (ii) et des associations professionnelles (iii).

i. Les données recueillies auprès des consommateurs et des distributeurs

765. Puisque les consommateurs sont les acteurs déterminant la substituabilité des produits ou services, les informations obtenues auprès d'eux constituent des sources d'informations principales pour l'analyse de la substituabilité de la Commission. En pratique, celle-ci envoie généralement des questionnaires écrits qui s'intéressent au point de vue des répondants sur les limites du marché en cause et leurs réactions probables à des augmentations hypothétiques des prix¹⁰⁴⁶. Au fil des ans, on a assisté à une augmentation progressive de la longueur et de la précision des questionnaires envoyés aux participants du marché, notamment aux consommateurs¹⁰⁴⁷. Une grande importance est accordée aux informations reçues de ces derniers et la jurisprudence à cet égard est abondante. À titre d'exemples, les réponses des consommateurs ont été utilisées pour soutenir la conclusion de la Commission dans l'affaire *SCA/Metsä Tissue* selon laquelle les produits à usage domestique en papier tissu vendus sous marque de fabricant et les mêmes produits écoulés sous marque de distributeur relèvent de marchés distincts au stade du commerce de gros¹⁰⁴⁸. De même, la Commission a accordé une

¹⁰⁴⁵ Article 11 (7) du Règlement 139/2004 confère à la Commission le pouvoir « *d'entendre toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête* », Règlement 139/2004 du 20 jan. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*

¹⁰⁴⁶ La Communication sur la définition du marché en cause reconnaît expressément la valeur probante des « *réponses ainsi que des raisons données par les clients et les concurrents à la question de savoir ce qu'ils feraient si les prix relatifs des produits considérés subissaient de légères augmentations sur le territoire géographique retenu* », para. 40.

¹⁰⁴⁷ Par exemple, la Commission a envoyé plus de 1000 questionnaires aux clients de camions dans la concentration *Volkswagen/MAN*, décision du 26 sept. 2011, COMP/M.6267, JOUE C 15 du 18 jan. 2012 ; Dans l'affaire *Outokumpu/Inoxum*, 2251 questionnaires ont été envoyés aux clients des parties à l'opération, décision du 7 nov. 2012, COMP/M.6471, *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ Décision de la Commission du 31 jan. 2001, COMP/M.2097, *SCA/Metsä Tissue*, JOCE L 57 du 27 fév. 2002, para. 27.

grande importance au point de vue des consommateurs dans une décision rendue la même année relative à des solvants. Elle a indiqué en effet que la grande majorité des clients dans l'étude de marché réalisée par la Commission ne considéraient pas que certains solvants étaient substituables en raison des différentes applications et propriétés techniques des produits chimiques en cause¹⁰⁴⁹. Dans l'affaire *Cemex/RMC*, la définition des marchés distincts du mortier sec et du mortier humide mélangés à l'usine des parties à la concentration n'a pas été acceptée par la Commission parce que, *inter alia*, la majorité des répondants aux questionnaires de la Commission considéraient les deux produits comme substituables et ont déclaré qu'ils se tourneraient vers l'autre produit en réponse à une augmentation légère mais significative et non transitoire des prix d'un produit¹⁰⁵⁰.

766. Il importe de noter que les clients des parties concernées auprès desquels les données sont recueillies comprennent également les distributeurs et pas uniquement les consommateurs finaux. Dans sa décision *Arsenal/DSP* par exemple, la Commission s'est appuyée, *inter alia*, sur les réponses des distributeurs selon lesquels ils achètent tous leur acide benzoïque exclusivement à des producteurs établis dans l'EEE en raison de sa qualité, de ses modalités de livraisons et de sa fiabilité, pour conclure que le marché géographique en cause pour l'acide benzoïque est à l'échelle de l'EEE¹⁰⁵¹.

767. Les enquêtes auprès de la clientèle sont également parfois utilisées par la Commission dans les affaires de contrôle des concentrations en vue de définir les marchés pertinents et d'évaluer la concurrence au sein de ceux-ci¹⁰⁵². Dans la concentration *Ryanair/Aer Lingus*¹⁰⁵³, parmi les éléments de preuve à l'appui de la décision de la Commission qui interdit la concentration figurait une enquête menée auprès des passagers à l'aéroport de Dublin. L'enquête a été menée principalement dans le but d'obtenir un échantillon représentatif de réponses de la part de clients voyageant au départ de l'aéroport de Dublin pour vérifier l'affirmation de Ryanair

¹⁰⁴⁹ Décision de la Commission du 11 juill. 2001, COMP/M.2314, *Basf/Pantochim/Eurodiol*, JOCE L 132 du 17 mai 2002, paras. 29 et 35.

¹⁰⁵⁰ Décision de la Commission du 8 déc. 2004, COMP/M.3572, *Cemex/RMC*, JOUE C 317 du 22 déc. 2004, para. 16.

¹⁰⁵¹ Décision de la Commission du 9 jan. 2009, COMP/M.5153, *Arsenal/DSP*, op. cit., paras. 64-76 et 84

¹⁰⁵² Voir I. THOMPSON & J. HARVEY, « When to Pop the Question(s)? The Use of Surveys in Merger Control », *ECLR*, vol. 35, n° 92, 2014, p. 93-95; G. REYNOLDS & C. WALTERS, « The Use of Customer Surveys for Market Definition and the Competitive Assessment of Horizontal Mergers », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 2, 2008, p. 411-431.

¹⁰⁵³ Décision de la Commission du 27 juin 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, JOUE C 47 du 20 fév. 2008.

selon laquelle, du point de vue des passagers, Aer Lingus et Ryanair ne sont pas concurrentes. La Commission a expliqué qu'une telle enquête était nécessaire pour recueillir le point de vue des passagers « particuliers » concernés (plus de 14 millions de passagers voyageant avec les compagnies des parties à la concentration) qui, contrairement aux passagers dits « professionnels », n'ont pas pu être contactés de façon satisfaisante par la Commission au moyen des techniques d'enquête classiques¹⁰⁵⁴.

768. Parallèlement aux questionnaires et aux entretiens téléphoniques avec les clients des parties concernées, la Commission contacte également leurs concurrents pour obtenir des informations et des éléments de preuve sur l'étendue du marché en cause bien que ce soit dans une moindre mesure et dépend des affaires.

ii. Les données recueillies auprès les concurrents

769. La pratique décisionnelle de la Commission montre que les informations obtenues auprès des clients et des concurrents des entreprises concernées sont souvent citées en parallèle comme sources de données utilisées à l'appui de sa délimitation du marché¹⁰⁵⁵. La Commission procède

¹⁰⁵⁴ *Id.*, paras. 35-36 et Annexe I.

¹⁰⁵⁵ Décision de la Commission du 8 juill. 1998, IV/M.1069, *WorldCom/MCI (II)*, JOCE L 116 du 4 mai 1999, paras. 91-93 (la Commission a pris en considération les informations reçues de clients et de concurrents, y compris les observations des concurrents soumises à la Commission Fédérale de Communications des États-Unis pour déterminer le marché de produit en cause) ; décision de la Commission du 21 sept. 2012, COMP/M.6458, *Universal Music Group/Emi Music*, JOUE C 220 du 1^{er} août 2013 (la Commission s'est principalement appuyée sur les informations fournies par les consommateurs et les concurrents des entreprises concernées pour conclure que le marché de la musique enregistrée devait être segmenté en ventes physiques et numériques), paras. 117-127 : « *La majorité des répondants à l'enquête (tant les maisons de disques que les clients) ont confirmé que la segmentation du marché de gros de la musique enregistrée en musique enregistrée physique et numérique (téléchargement et diffusion en continu) est toujours appropriée. La majorité des concurrents (13 concurrents sur 14) considèrent également que, du point de vue du consommateur, la musique physique et numérique sont différentes [...] La majorité des clients (27 clients sur 42) et des concurrents (8 concurrents sur 14) confirment également qu'au moins les grandes maisons de disques ont tendance à avoir des organisations de vente distinctes pour la musique physique et numérique [...]* » ; décision de la Commission du 19 juill. 2013, COMP/M.6857, *Crane Co/Mei Group*, JOUE C 28 du 31 jan. 2014 (la Commission s'est fondée sur les informations reçues par les clients et les concurrents pour conclure que la substituabilité du côté de la demande et de l'offre entre les systèmes de paiement en numéraire et sans numéraire est limité), paras. 21-25 : « [...] *La majorité des clients considèrent que les systèmes de paiement en numéraire ne peuvent pas être substitués par des systèmes de paiement sans numéraire pour leurs besoins. [...] La majorité des concurrents ont considéré que les producteurs de systèmes de paiement en numéraire sans surveillance ne sont techniquement pas en mesure de passer aux systèmes de paiement sans numéraire et vice versa dans un court délai et sans encourir un investissement important [...]* » ; décision de la Commission du 18 fév. 2014, COMP/M.7075, *Cintra/Abertis/Itinere/Bip & Drive JV*, JOUE C 70 du 8 mars 2014 (la Commission indique que son enquête menée auprès des clients et des concurrents des parties concernées a montré que trois méthodes différentes de paiement des péages (espèce, cartes de crédit et dispositifs embarqués OBE) n'étaient en grande parties pas substituables et a donc identifié un marché distinct pour les dispositifs OBE), paras. 36-37 : « [...] *La majorité des participants au marché (tant les conducteurs que les distributeurs d'équipement embarqué) ont indiqué qu'une fois*

de mêmes manières qu'elle le fait auprès des clients ou consommateurs pour collecter les données auprès des concurrents des entreprises concernées.

770. En particulier, lorsque la Commission estime nécessaire, dans l'intérêt de l'investigation d'une opération de concentration, d'entendre dans un forum unique les points de vue divergents avancés par les parties notifiantes et les tiers sur les données, les caractéristiques essentielles du marché et les effets de la concentration sur la concurrence dans les marchés en cause, elle peut décider d'inviter les concurrents des parties concernées à des réunions triangulaires¹⁰⁵⁶. Toutefois, jusqu'à présent, le recours à ce type de réunion comme instrument d'enquête est limité.

771. Dans certaines affaires, la Commission collecte les données auprès d'un autre acteur du marché, outre ceux évoqués ci-dessus, qui sont les associations professionnelles.

iii. Les données recueillies auprès des associations professionnelles

772. Dans sa décision *MAN/Auwärter* du 20 juin 2001, la Commission a évoqué l'influence des recommandations de la Fédération des entreprises de transport allemandes (VDV) sur le comportement d'achat de ses membres dans sa détermination du marché géographique en cause¹⁰⁵⁷. L'influence des recommandations de cette association a été également prise en considération dans l'appréciation des effets anticoncurrentiels sur le marché pertinent.

773. Conclusion du a. Les données recueillies auprès des participants du marché jouent donc un rôle primordial pour la Commission pour analyser correctement la substituabilité ou la non substituabilité des produits ou services. Dans le cadre de cette analyse, les évaluations préalables effectuées par les autorités de la concurrence nationales sont parfois prises en considération dans des décisions de la Commission.

qu'une personne a commencé à utiliser un équipement embarqué, elle ne passerait pas à d'autres moyens de paiement, à savoir l'espèce ou les cartes de crédit ou de débit. En particulier, ils ne seraient pas disposés à changer de fournisseur si les coûts actuels des appareils d'équipement embarqué (y compris le prix d'achat et les frais de maintenance) augmentaient de 5 à 10% sur une base permanente ».

¹⁰⁵⁶ DG Competition's Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, *op. cit.*, paras. 38-39.

¹⁰⁵⁷ Décision de la Commission du 20 juin 2001, COMP/M.2201, *MAN/Auwärter*, JOCE L 116 du 3 mai 2002, para. 20.

b. La liaison avec les autorités de la concurrence nationales

774. L'article 19 §2 du règlement 139/2004 précise que la Commission mène les procédures d'investigation d'une opération de concentration en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des États membres et qu'elle recueille les communications des ces dernières ainsi que leur donne l'occasion de faire connaître leur point de vue. En matière de pratiques anticoncurrentielles, le règlement 1/2003 stipule que les gouvernements et les autorités de concurrence nationales lui fournissent, à la demande de la Commission, tous les renseignements nécessaires pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées¹⁰⁵⁸. En effet, la Commission peut envoyer une copie de toute décision de demande d'information ou de simple demande d'information à l'autorité de la concurrence de l'État membre sur le territoire duquel est situé le domicile de la personne ou le siège de l'entreprise ou association d'entreprises, ou à celle de l'État membre dont le territoire est affecté¹⁰⁵⁹.

775. Dans sa pratique décisionnelle, bien que la Commission ne soit pas liée par les décisions ou conclusions des autorités nationales, les points de vue de ces dernières l'ont conduit, dans certains cas, à s'appuyer, au moins en partie, sur leurs évaluations préalables. Plusieurs exemples viennent l'illustrer. La première affaire à citer doit être la fameuse décision *Airtours/First Choice*¹⁰⁶⁰ dans laquelle la Commission a pris en compte du rapport de la Commission britannique des monopoles et des fusions (MMC) dans sa délimitation de l'étendue du marché des vacances à forfait. En effet, en prenant compte des données contenues dans le rapport de la MMC, la Commission estime justifiée premièrement de ne pas inclure les vacances indépendantes dans le marché des vacances à forfait¹⁰⁶¹ et, deuxièmement, de distinguer deux marchés pour les vacances à forfait, celui des destinations lointaines et celui des destinations proches¹⁰⁶². À l'issue de l'examen de ces éléments, elle a abouti à la conclusion que le marché de produits en cause en ce qui concerne l'organisation de voyages est celui des vacances à forfait à l'étranger vers des destinations proches¹⁰⁶³. En outre, par référence à l'approche adoptée par la

¹⁰⁵⁸ Règlement CE 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *op. cit.*, article 18 §6. À titre d'exemple, voir décision de la Commission du 17 oct. 1983, IV/30.064, *Cylindres en fonte et en acier moulés*, JOCE L 317 du 15 nov. 1983.

¹⁰⁵⁹ Règlement CE 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, article 11§5.

¹⁰⁶⁰ Décision de la Commission du 22 sept. 1999, COMP/M.1524, *Airtours/First Choice*, *op. cit.*

¹⁰⁶¹ *Id.*, para. 7.

¹⁰⁶² *Id.*, para. 12.

¹⁰⁶³ *Id.*, para. 28.

MMC dans son rapport, la Commission exclut les ventes directes et les ventes par téléphone de sa définition du marché de fournitures de services d'agent de voyages¹⁰⁶⁴.

776. De même, la Commission a pris en considération le rapport effectué par la MMC dans sa décision *CVC/Permira/AA*¹⁰⁶⁵. En effet, il n'existe aucune décision antérieure de la Commission définissant les marchés dans le secteur des services de dépannage et d'assistance routière. La Commission a fait référence au rapport de la MMC qui, malgré la distinction entre les ventes directes de services par un organisme de dépannage et les ventes indirectes par le biais de systèmes intermédiaires, conclut que la fourniture de services de dépannage assurés pour des véhicules légers constitue le marché de produits en cause¹⁰⁶⁶.

777. Dans la concentration *Bertelsmann/Springer/JV*, la Commission a cité un avis du Conseil de la concurrence français à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'impression offset et l'impression héliogravure constituaient des marchés de produits distincts¹⁰⁶⁷. Elle a suivi l'approche de la délimitation des marchés en cause de l'Autorité de la concurrence italienne (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* – AGCM) dans le secteur des fromages en Italie dans l'affaire *Lactalis/Galbani*¹⁰⁶⁸. Dans sa décision *Thrane & Thrane/Nera*, dont l'opération avait été examinée et autorisée par l'Autorité de la concurrence espagnole (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* – CNMC), la Commission s'est référée à la décision de cette dernière pour définir les marchés distincts pour les communications terrestres, maritimes et aéronautiques par satellite¹⁰⁶⁹. Elle a tenu compte de l'approche antérieure de la définition du

¹⁰⁶⁴ *Id.*, paras. 31-32.

¹⁰⁶⁵ Décision de la Commission du 27 août 2004, COMP/M.3517, *CVC/Permira/AA*, JOUE C 242 du 29 sept. 2004.

¹⁰⁶⁶ *Id.*, para. 13.

¹⁰⁶⁷ Décision de la Commission du 3 mai 2005, COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, JOUE L 61 du 2 mars 2006, para. 18 : « Dans un avis de 2002, le Conseil de la concurrence en France [...] estimait que, pour le marché des catalogues, les techniques d'impression en héliogravure et e offset n'étaient pas substituables [...] ». V. également décisions de la Commission du 29 oct. 2009, COMP/M.5557, *SNCF-P/CDPQ/Keolis/Effia*, paras. 22-23 ; du 10 nov. 2011, COMP/M.6379, *Saint Gobain/Brossette*, para. 23.

¹⁰⁶⁸ Décision de la Commission du 24 avril 2006, COMP/M.4135, *Lactalis/Galbani*, JOUE C 289 du 23 nov. 2006, paras. 8-9 et 20 : « La Commission n'a pas encore eu à traiter d'affaire dans laquelle elle aurait été amenée à définir des marchés de produits dans le secteur du fromage. D'autres autorités nationales, notamment en Italie et en France, ont en revanche déjà examiné ce secteur à plusieurs reprises. La pratique italienne de l'autorité de concurrence italienne distingue cinq marchés de produit dans le secteur des fromages formant chacune un marché pertinent en raison de la substituabilité existant entre les produits qui les composent [...] ».

¹⁰⁶⁹ Décision de la Commission du 21 mars 2007, COMP/M.4465, *Thrane & Thrane/Nera*, JOUE C 94 du 28 avril 2007, para. 13 : « [...] comme l'a également souligné l'autorité de la concurrence espagnole dans sa décision autorisant l'opération proposée, ces produits diffèrent tant sur le plan technique que sur le plan des exigences juridiques [...] », (nous traduisons). V. également décision de la Commission du 19 mars 2002, COMP/M.2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocarbónico*, JOUE C 114 du 15 mai 2002, para. 19.

marché adoptée par l’Autorité de la concurrence néerlandaise (*Nederlandse Mededingingsautoriteit* – NMa) dans les affaires concernant les marchés de l’électricité et du gaz¹⁰⁷⁰. L’approche de l’Autorité de la concurrence allemande (*Bundeskartellamt*) sur la définition du marché de produits et géographique en cause pour les formes en cuivre sans oxygène a été également prise en considération par la Commission dans sa décision *Aurubis/Luvata Rolled Products*¹⁰⁷¹.

778. Conclusion du 2. En vue d’effectuer les missions qui lui sont assignées par les règlements CE 1/2003 et 139/2004, la Commission se voit investie d’un important pouvoir de procéder au « *market testing* ». Cette opération s’appuie sur des données recueillies par le biais d’e-questionnaires adressés en particulier aux consommateurs, aux concurrents et aux associations professionnelles, d’enquêtes de clientèle, au cours d’entretiens téléphoniques et parfois des réunions triangulaires. Les données collectées auprès de ces acteurs, en particulier auprès des consommateurs, constituent des données primaires pour la délimitation du marché pertinent. En outre, les données peuvent être également obtenues auprès des gouvernements nationaux et/ou des autorités de la concurrence nationales. Dans certaines affaires, en particulier dans les secteurs où il n’existe pas de décision antérieure de la Commission définissant le marché pertinent, celle-ci peut s’appuyer, au moins en partie, sur les évaluations préalables des autorités de la concurrence nationales.

779. Conclusion du B. Les données recueillies par la Commission proviennent donc de diverses sources. Leur exploitation n’est pas, *a priori*, hiérarchisée. Toutefois, les données recueillies du « *market testing* », en particulier auprès des consommateurs, permettent à la Commission de générer des éléments véritables de preuves des limites du marché pertinent. La pratique décisionnelle de la Commission montre qu’elles constituent la source primaire qu’utilise

¹⁰⁷⁰ Décision de la Commission du 23 juin 2009, COMP/M.5467, *RWE/Essent*, JOUE C 222 du 15 sept. 2009.

¹⁰⁷¹ Décision de la Commission du 8 août 2011, COMP/M.6316, *Aurubis/Luvata Rolled Products*, JOUE C 244 du 23 août 2011, paras. 22-24 : « *Le Bundeskartellamt allemand a identifié un marché distinct pour les formes OF-Cu. L’enquête de marché menée par la Commission dans la présente affaire confirme plutôt une telle conclusion. [...] Auparavant, la Commission avait conclu que le marché géographique des formes en cuivre est celui à l’échelle de l’EEE. Le Bundeskartellamt allemand a également déterminé un marché à l’échelle de l’EEE pour les formes en cuivre sans oxygène* », (nous traduisons). V. également décisions de la Commission du 16 mars 2004, COMP/M.3372, *Carlsberg/Holsten*, JOUE C 84 du 3 avril 2004, para. 9 ; du 27 mars 2008, COMP/M.5035, *Radeberger/Getränke Essman/Phoenix*, JOUE C 117 du 14 mai 2008, paras. 13 ; du 15 juill. 2008, COMP/M.5158, *Strabag/Kirchhoff*, JOUE C 259 du 11 oct. 2008, paras. 27-31 ; du 15 sept. 2008, COMP/M.5200, *Strabag/Kirchner*, JOUE C 281 du 5 nov. 2008, para. 30.

celle-ci afin de vérifier les informations fournies par les entreprises concernées et d'analyser ultérieurement la substituabilité en vue de la délimitation du marché pertinent.

780. Conclusion du §1. Il ressort des analyses qui précèdent que la source des données à l'analyse de la substituabilité est multiple. Étant donné que la Commission insiste sur la nécessité d'une évaluation économique factuelle, la profondeur et l'ampleur de la collecte et de l'analyse de données se sont considérablement accrues. En même temps, la Commission se voit accordée un large pouvoir de mener des enquêtes depuis la réforme du début des années 2000 des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations. Dans la pratique, la Commission commence son évaluation à partir des données fournies par les plaignants dans les affaires d'abus de position dominante et d'entente, ou produites par les entreprises concernées qui sont, dans les affaires de concentration, fournies de manière très détaillées dans le formulaire CO. En particulier, on assiste de plus en plus à un développement de l'apport d'études par les entreprises et de la demande de leurs documents internes de la part de la Commission. Les données fournies par les entreprises concernées seront vérifiées et complétées par celles recueillies par la Commission elle-même à partir de sources publiques ainsi que du *market testing*. À cette fin, la Commission emploie différents outils pour collecter des informations, notamment auprès des consommateurs, des concurrents et des associations professionnelles. Ils comprennent, entre autres, la demande d'information via les e-questionnaires, l'entretien téléphonique, l'enquête de clientèle et la réunion triangulaire. En particulier, dans certains cas, la Commission fait référence aux données et aux évaluations préalables effectuées par les autorités de la concurrence nationales à l'appui de sa délimitation du marché.

781. Transition. En dépit des sources multiples et d'un grand pouvoir de la Commission pour mener des enquêtes, le recueil des données à l'analyse de la substituabilité n'est pas toujours facile et celles-ci sont parfois imparfaites. En pratique, la Commission se trouve souvent confrontée à des difficultés qui ne sont pas négligeables dans sa collecte de données.

§2. Les difficultés du recueil des données

782. Il y a un certain nombre de considérations générales qui, si elles sont soigneusement observées, contribueront à assurer la fiabilité, l'exactitude et la pertinence de l'analyse. Les données à l'analyse font partie des considérations en cause. Pourtant, les difficultés auxquelles la Commission peut se trouver confrontée lors du recueil des données sont nombreuses et parfois

insurmontables. D'une part, l'examen de toute affaire concernant la concurrence par la Commission est restreint dans le temps, ce qui affecte directement la collecte et la vérification des données. D'autant plus que le facteur temporel n'est pas neutre au regard des données quantitatives qui fondent l'analyse de la substituabilité. D'autre part, la carence de la disponibilité des données peut rendre l'analyse difficile, voire infaisable. Il s'agit de la plus grande difficulté à laquelle se trouvent confrontées non seulement la Commission européenne mais aussi toute autorité de concurrence. Nous précisons dans un premier temps les difficultés liées au facteur temporel (A) et dans un second temps celles liées à la disponibilité, à la qualité et à l'exploitation des données (B).

A. Les difficultés liées au facteur temporel

783. Le temps et les ressources des différentes parties impliquées dans la mise en œuvre des règles de la concurrence sont limités. En particulier, la DG Concurrence est tenue, en tant qu'autorité administrative, d'adopter une décision dans un délai *raisonnable* ou légal (1). La collecte des données est par conséquent restreinte dans le temps. La résultante en est que les méthodes d'évaluation des effets concurrentiels, notamment des méthodes quantitatives, ne sont pas en mesure de fournir des résultats satisfaisants. Celles qui exigent un volume de données important peuvent être inapplicables. Par ailleurs, la dimension de la temporalité des données doit également être prise en considération car les comportements des entreprises ou une transaction appartiennent à une période définie, à laquelle les données doivent correspondre pour permettre l'appréciation de la substituabilité (2).

1. Les contraintes temporelles de l'enquête

784. La procédure pour mener une enquête dans le cadre des articles 101 et 102 TFUE est différente de celle dans le cadre du contrôle des concentrations. Alors que la Commission est soumise aux délais dans toute prise de décision, elle doit agir dans un temps plus restreint en matière de contrôle des concentrations (a), qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles (b).

a. En matière de contrôle des concentrations

785. En matière de contrôle des concentrations, la procédure comprend deux phases. Dès la réception de la notification, la Commission se livre à une analyse de l'opération et des conditions

de concurrence sur les marchés en cause¹⁰⁷². La Phase I d'une enquête a pour objectif, d'une part, de vérifier les faits et les conclusions faites dans la notification en ce qui concerne l'impact de l'opération sur la concurrence sur le marché. Elle vise, d'autre part, à déterminer s'il existe des fondements pour soulever des doutes que l'opération est susceptible de provoquer des effets anticoncurrentiels. La délimitation du marché pertinent en Phase I fournit le fondement pour les analyses des indices de filtrage pouvant justifier l'ouverture de la Phase II de l'enquête¹⁰⁷³.

786. En vertu de l'article 10 §1 du règlement 139/2004, la durée de l'enquête de la Phase I est de vingt-cinq jours ouvrables¹⁰⁷⁴, à compter du jour ouvrable suivant la réception de la notification. Elle est prolongée à trente-cinq jours ouvrables dans le cas où les parties notifiantes présentent des engagements¹⁰⁷⁵. Ainsi, dans un délai de 25, le cas échéant, de 35 jours ouvrables, la Commission est tenue de rendre une décision¹⁰⁷⁶. Vu le volume de travail qu'elle doit effectuer en vue de rendre sa décision, à savoir la collecte d'informations, la réalisation du test de *sérieux doutes* (délimitation du marché, calcul des parts de marché, l'IHH, etc.), l'évaluation des engagements le cas échéant, la rédaction de la décision et la consultation d'autres services de la Commission, ce temps relativement restreint ne permet normalement pas de recueillir des informations détaillées pour effectuer des analyses complexes. D'autant plus que certaines données requises sont rarement disponibles.

787. En droit vietnamien de la concurrence, l'Autorité de la concurrence (devenue la Commission de la concurrence nationale dans la Loi de la concurrence révisée de 2018) doit

¹⁰⁷² Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, article 6 §1. La Commission peut toutefois ouvrir son enquête avant même la notification mais à condition que les parties notifiantes y consentent, étant donné que la Commission ne peut divulguer à des tiers le fait qu'elle examine une opération qui ne lui a pas encore été notifiée qu'avec leur consentement.

¹⁰⁷³ V. *supra.*, n° 79 et s.

¹⁰⁷⁴ Règlement CE n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 133 du 30 avril 2004, article 24 : « Par "jours ouvrables" au sens du règlement (CE) n° 139/2004 et du présent règlement, on entend tous les jours autres que les samedis, les dimanches et les jours de congé de la Commission publiés au Journal officiel de l'Union européenne avant le début de chaque nouvelle année ».

¹⁰⁷⁵ Cette durée est également appliquée lorsque la Commission européenne est saisie d'une demande de renvoi par un État membre.

¹⁰⁷⁶ L'article 6 du règlement 139/2004 prévoit plusieurs types de décisions que la Commission peut rendre : (i) une décision d'incompétence lorsque l'opération notifiée ne relève pas du champ d'application du règlement ; (ii) une décision d'autorisation avec ou sans conditions ; et (iii) une décision d'engager une procédure d'enquête approfondie si la Commission constate que l'opération soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun.

rendre une décision dans un délai de 45 jours ouvrables¹⁰⁷⁷. Sous l'empire de la loi de la concurrence révisée en 2018 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019, ce délai est réduit à 30 jours ouvrables¹⁰⁷⁸. Étant donné qu'il s'agit d'une nouvelle autorité ayant des ressources assez limitées, le recueil des données en vue de mettre en œuvre des méthodes quantitatives compliquées s'avère très difficile. Et ce d'autant qu'elle ne dispose pas d'économistes comme c'est le cas de la Commission européenne.

788. La procédure étant différente, les deux autorités peuvent rendre une décision dans un délai plus large en matière de pratiques anticoncurrentielles.

b. En matière de pratiques anticoncurrentielles

789. De manière générale, la Commission n'est pas restreinte en termes de temps dans son enquête des affaires d'entente ou d'abus de position dominante. En effet, alors que la Commission est tenue d'accorder aux entreprises concernées et aux tiers intéressés des délais prévus dans les règlements de mises en œuvre des articles 101 et 102 TFUE pour répondre à ses demandes d'information ainsi que lui faire connaître leurs observations¹⁰⁷⁹, elle n'est pas soumise à un délai spécifique pour rendre sa décision. La lecture de la jurisprudence montre cependant que la Commission est tenue d'adopter, dans toute affaire, une décision exigeant la cessation d'une infraction dans un délai « raisonnable¹⁰⁸⁰ ». Cette obligation est reconnue d'ailleurs comme un principe général du droit européen¹⁰⁸¹. La question de savoir si la durée de la procédure menée par la Commission est raisonnable est appréciée au cas par cas, à la lumière de certains critères tels que le contexte de l'affaire, sa complexité, le comportement respectif des

¹⁰⁷⁷ Loi de la concurrence de 2004, *op. cit.*, article 23.

¹⁰⁷⁸ Loi de la concurrence de 2018, *op. cit.*, article 36.

¹⁰⁷⁹ Règlement CE n° 1/2003, *op. cit.* ; Règlement CE n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE L 123/18 du 27 avril 2004.

¹⁰⁸⁰ Arrêt de la CJCE du 18 mars 1997, *Guérin automobiles c./Commission*, C-282/95 P, *Rec.* p. I-1503, para. 37 ; arrêts du TPICE du 22 oct. 1997, *SCK & FNK c./Commission*, aff. jtes. T-213/95 et T-18/96, *Rec.* p. II-1739, para. 56 ; du 9 sept. 1999, *UPS Europe c./Commission*, T-127/98, *Rec.* p. II-2633, para. 37 ; du 7 oct. 1999, *Irish Sugar plc c./Commission*, T-228/97, *Rec.* p. II-2969, para. 276 ; du 19 mars 2003, *CMA CGM e.a c./Commission*, T-213/00, *Rec.* p. II-913, para. 317 ; du 16 déc. 2003, *FEG & TU c./Commission*, T-5/00 et T-6/00, *Rec.* p. II-5761, para. 73.

¹⁰⁸¹ Elle est expressément formulée comme un droit fondamental à l'article 41 §1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : «*Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union* », JOUE C 326 du 26 oct. 2012.

parties et de la Commission pendant la procédure ainsi que les intérêts en jeu pour les différentes entreprises concernées¹⁰⁸².

790. Ainsi, la Commission dispose d'un temps plus large pour recueillir des données par rapport aux affaires de concentration¹⁰⁸³. Par conséquent, la difficulté en termes de temps ne produit pas d'effet considérable sur la mise en œuvre des méthodes de délimitation du marché pertinent dans le cadre des articles 101 et 102 TFUE.

791. En revanche, cette difficulté aurait un effet plus important en droit vietnamien. En effet, l'Autorité de la concurrence vietnamienne est tenue de respecter un délai déterminé lors de son enquête d'une pratique anticoncurrentielle. La loi de la concurrence de 2004 stipule qu'à compter de sa décision d'ouverture de la procédure, l'autorité de la concurrence est tenue d'adopter une décision dans un délai de 180 jours, prolongé deux fois, le cas échéant, pour une durée maximale de 60 jours¹⁰⁸⁴. Un délai plus large est accordé dans la loi de la concurrence de 2018 selon laquelle l'autorité de la concurrence peut adopter une décision dans un délai de 9 mois, prolongé une fois pour une durée maximale de 3 mois¹⁰⁸⁵. Par rapport à la Commission européenne, l'Autorité de la concurrence vietnamienne se trouve confrontée à un temps plus restreint pour son enquête alors qu'elle demeure une autorité jeune. Cela a un impact sur la collecte des données en particulier et la mise en œuvre des méthodes de délimitation du marché pertinent en général.

¹⁰⁸² Arrêts du TPICE du 22 oct. 1997, *SCK & FNK c./Commission*, aff. jtes. T-213/95 et T-18/96, *Rec.* p. II-1739, para. 57; du 7 oct. 1999, *Irish Sugar plc c./Commission*, T-228/97, *Rec.* p. II-2969, para. 278; du 19 mars 2003, *CMA CGM e.a c./Commission*, T-213/00, *Rec.* p. II-913, para. 318. Il convient bien de souligner que l'appréciation de l'excessivité de la durée de l'enquête menée par la Commission doit tenir compte l'ensemble de la procédure administrative, y compris la phase précédant la notification de la communication des griefs. Le dépassement du délai raisonnable constitue un motif d'annulation de la décision finale, mais seulement s'il est établi que la violation de ce principe a porté atteinte aux droits de la défense des entreprises concernées.

¹⁰⁸³ En pratique, une enquête de pratique anticoncurrentielle est ouverte sur la base d'une plainte déposée par une partie intéressée ou de la propre initiative de la Commission, à la suite des informations recueillies qui permettent à cette dernière de croire qu'une ou plusieurs entreprises ou associations d'entreprises ne respectent pas le droit européen de la concurrence. Une étude de la procédure d'enquête de la Commission européenne en matière d'entente pour la période de 2001-2015 indique que la durée d'enquête moyenne est de 46 à 48 mois (la durée plus courte est inférieure à 20 mois et celle la plus longue est supérieure à 100 mois), voir M. HELLWIG & K. HÜSCHEL RATH, « Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the European Union 2001 – 2015: A Quantitative Assessment », *Discussion Paper N° 16-063, ZEW Centre for European Economic Research*, September 2016.

¹⁰⁸⁴ Loi de la concurrence de 2004, *op. cit.*, article 90.

¹⁰⁸⁵ Loi de la concurrence de 2018, *op. cit.*, article 81 §1.

792. Par ailleurs, les limites dans le temps s'appliquent également à des enquêtes en vue de l'accord d'une exemption. Selon l'article 34 de la loi de la concurrence de 2004, le ministre du Commerce (devenu ministre de l'Industrie et du Commerce), qui a le pouvoir d'accorder des exemptions en matière de concurrence, est tenu d'adopter une décision dans un délai de 60 jours ouvrables, prolongé deux fois au plus pour une durée maximale de 30 jours pour chacune. Cette prolongation n'est cependant possible que pour une durée maximale de 30 jours selon la Loi de la concurrence révisée de 2018¹⁰⁸⁶.

793. Conclusion du 1. Ainsi, quelles que soient les différences dans la durée de l'enquête des affaires de la concurrence, tant la Commission européenne que l'autorité de la concurrence vietnamienne ont l'obligation d'agir dans une limite de temps. Cette limite temporelle constitue une difficulté à laquelle elles doivent faire face dans la collecte des données pour effectuer l'analyse de la substituabilité.

794. Transition. Une autre difficulté liée au facteur temps consiste dans la dimension de la temporalité des données qui n'est pas toujours facilement définie entre la Commission et les entreprises concernées.

2. L'appartenance temporelle des données

795. Tant la demande que l'offre sur un marché changent au fil du temps. Par conséquent, la dimension temporelle est d'une grande importance pour l'analyse de la substituabilité. Les données nécessaires à cette analyse doivent concerner une période de référence bien définie. Pourtant, la perspective temporelle dans laquelle doivent s'inscrire ces données est l'une des principales difficultés de tout problème économique¹⁰⁸⁷. Alors que les règlements et les lignes directrices en matière de concurrence ne précisent pas de quelle période doivent relever les données pour l'appréciation de la substituabilité, une distinction doit être effectuée selon qu'il s'agit de l'appréciation ex-ante (a) ou ex-post (b).

¹⁰⁸⁶ *Id.*, article 20 §3.

¹⁰⁸⁷ A. MARSHALL, *Principles of Economics*, Macmillan, London, 8^e éd., 1920, Préface de la première édition, p. vii : « *The element of time [...] is the centre of the chief difficulty of almost every economic problem* ».

a. En matière de contrôle des concentrations

796. Le contrôle des concentrations est de nature prospective. Il a pour objectif de prédire les effets susceptibles d'affecter les conditions de concurrence post-concentration. Ce sont celles-ci auxquelles la Commission se réfère pour délimiter le marché pertinent. Le règlement 139/2004 n'indique toutefois pas expressément à quelle période ou à quelle date doivent se rapporter les données nécessaires à l'analyse de la substituabilité. Pour certains types de données à savoir celles des enquêtes de clientèle, la Commission indique dans son guide des bonnes pratiques relatives à l'apport des preuves économiques que les données devraient couvrir généralement, en l'absence de variabilité transversale, une période d'observation mensuelle d'au moins trois ans¹⁰⁸⁸. L'appréciation de la substituabilité tient également compte de la preuve d'une substitution dans un passé récent¹⁰⁸⁹. La Commission estime en effet qu'il est possible, dans certains cas, de tirer des éléments d'information d'événements ou de chocs qui se seraient produits récemment sur le marché et qui constituent des exemples réels de substitution entre deux produits. Pourtant, la période qui doit être couverte par le terme « *récemment* » n'est pas précisée. Il est donc difficile de savoir quelle est la pertinence temporelle des données pour l'analyse de la substituabilité. Dans sa décision du 23 juin 2008 concernant le rachat de l'entreprise autrichienne Adeg par le groupe allemand Rewe, la Commission a pris en compte l'entrée du discounter Hofer, qui appartient à Rewe, sur le marché local autrichien, après laquelle les supermarchés de grande surface subissent des pertes de chiffre d'affaires, pour conclure à l'existence de la substituabilité entre les produits des deux entreprises à l'opération. À cet égard, elle a fait référence, d'une part, à son enquête selon laquelle « *au cours des dernières années, les discounters ont augmenté leur part du chiffre d'affaires au détriment des détaillants à gamme complète*¹⁰⁹⁰ ». Elle s'est référée, d'autre part, aux données de la société Nielson selon lesquelles « *la part de marché cumulée des détaillants discount Hofer et Lidl est passée d'environ 11% à environ 24% entre 1995 et 2007*¹⁰⁹¹ ».

¹⁰⁸⁸ DG Competition's Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of article 101 and 102 TFEU and in merger cases, *op. cit.*, para. 60.

¹⁰⁸⁹ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, para. 38.

¹⁰⁹⁰ Décision de la Commission du 23 juin 2008, COMP/M.5047, *Rewe/Adeg*, JOUE C 177 du 12 juill. 2008, para. 16. L'enquête souligne qu'à l'inverse, la majorité des supermarchés indiquent qu'ils gagnaient des clients lorsque les discounters augmentent leurs prix.

¹⁰⁹¹ *Ibid.* V. également décision de la Commission du 22 juin 2009, COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding*, *op. cit.*

797. D'un point de vue économique, la période de référence des données utilisées pour l'analyse de la substituabilité peut varier en fonction des circonstances et des caractéristiques particulières du marché en question mais il n'est pas évident de la déterminer. Pour les domaines d'activité en évolution constante, tel que celui des télécommunications, des changements importants de la structure peuvent se produire dans un laps de temps relativement court. Cela rend difficile la détermination des rapports du temps au marché pertinent. Cette difficulté a un effet non seulement sur l'analyse menée par la Commission mais aussi sur celle fournie par les entreprises parties à l'opération de concentration. La question de la temporalité des données utilisées à l'appréciation de la substituabilité a fait l'objet des débats contradictoires entre la Commission et les parties concernées dans un certain nombre d'affaires devant le Tribunal et la CJUE.

798. Si la période de référence à laquelle les données doivent se rattacher reste imprécise et difficile à déterminer en matière de concentration, les juridictions européennes soulignent bien que celle en matière de pratiques anticoncurrentielles doit être la période durant laquelle les pratiques ont eu lieu.

b. En matière d'abus de position dominante et d'entente

799. Le marché est de nature évolutive et sa structure change constamment. En fonction de ce changement, les entreprises peuvent adopter ou reconsidérer les comportements qu'elles ont adoptés. Le marché de produits et géographique sur lequel a eu lieu une pratique n'est donc pas le même d'une époque à l'autre. La lecture de la jurisprudence européenne montre que les données collectées en vue de la délimitation du marché doivent nécessairement être rattachées à la période en cause¹⁰⁹². Il convient d'admettre qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles,

¹⁰⁹² La CJUE et le Tribunal utilisent également d'autres expressions équivalentes à savoir « période considérée », « période concernée », « période de référence », « période couverte par la décision attaquée ». V. par exemple, arrêt du CJCE du 16 déc. 1975, *Suiker Unie e.a. c./Commission*, aff. jtes. C-40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113, 114/73, *Rec. p. 1163* : « [...] les exportations de sucre vers l'Italie auraient augmenté pendant la période considérée. [...] la réalité serait que les offres susvisées ont été suivies d'importations ayant constamment augmenté au cours de la période envisagée. [...] il faudrait prendre en considération que, pendant la période en cause, les importations seraient passées de 15% à 26% de la consommation. [...] tous les achats connus de sucre importé, faits par SADAM au cours de la période couverte par la décision attaquée, auraient été effectués par l'intermédiaire du groupe qui se rattache à Eridania. [...] Un tel argument serait d'abord incompatible avec la structure de la production italienne qui, au cours de la période considérée, se serait répartie entre environ vingt entreprises. [...] Au cours de la période en cause, SU et CSM se seraient bel et bien fait de la concurrence et auraient chacune gagné et dû céder des clients à sa concurrente » ; arrêt du TPICE du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission*, T-83/91, *Rec. p. II-755* : « [...] le Tribunal constate, en premier lieu, que la Commission a établi à bon droit qu'il n'existait pas, durant la période de

étant donné que l'analyse est de nature ex-post lorsque l'infraction a déjà été commise, la Commission ne doit pas en général faire face à de réelles difficultés dans la détermination de la temporalité des données utilisées. Toutefois, face à certains types d'information qui constituent des preuves de la substituabilité à savoir l'existence d'une substitution dans un passé récent, comme développé ci-dessus, la détermination ne semble pas aussi aisée et elle peut faire l'objet de contestations de la part des entreprises concernées. À titre d'exemple, dans l'affaire *Suiker Unie*, une des requérantes a reproché à la Commission d'avoir utilisé, *inter alia*, les données concernant les accords dans un passé lointain pour conclure à l'existence d'une entente entre les parties concernées. Elle a fait valoir que les accords passés entre les sucreries italiennes antérieurement à la période envisagée par la décision, et en partie dans un passé lointain, seraient dépourvus de tout intérêt en l'espèce, ces accords n'ayant été interdits par aucune législation, ni communautaire, ni nationale¹⁰⁹³.

800. Conclusion du 2. La détermination de la temporalité des données joue un rôle important dans l'analyse de la substituabilité. Dans tous les cas, les données utilisées pour cette analyse doivent se rattacher à une période de temps définie. Alors que la jurisprudence européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles indique que la substituabilité doit s'apprécier au cours de la période en cause, la dimension temporelle des données reste imprécise en matière de contrôle des concentrations. En particulier, lorsqu'il existe des données qui soulignent une substitution entre les produits considérés dans le passé, il est difficile de déterminer l'horizon temporel dans lequel ces données sont considérées comme pertinentes pour l'appréciation de la substituabilité d'une affaire postérieure.

801. Conclusion du A. D'après les développements qui précèdent, nous voyons que le temps exerce des contraintes sur les données à deux égards. En premier lieu, la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence vietnamienne se voient contraintes en ce qui concerne la durée de l'enquête, en particulier en matière de contrôle des concentrations. Par conséquent, elles se trouvent dans une situation difficile de recueillir des preuves et des données

*référence, d'interchangeabilité suffisante entre les machines de conditionnement aseptique dans des cartons et les machines de conditionnement non aseptique, quel que soit le matériau utilisé. [...] En second lieu, le Tribunal constate que, durant la période de référence, les machines et les cartons aseptiques n'étaient pas suffisamment interchangeables avec des systèmes de conditionnement aseptique utilisant d'autres matériaux » ; arrêt du Tribunal du 1^{er} juill. 2010, *AstraZeneca c./Commission*, T-321/05, Rec. p. II-2805 ;*

¹⁰⁹³ Arrêt du CJCE du 16 déc. 1975, *Suiker Unie e.a. c./Commission*, *op. cit.*

économiques détaillées pour effectuer des analyses complexes alors qu'il s'agit d'un domaine dans lequel les méthodes quantitatives ont le plus de chance d'être appliquées. En deuxième lieu, la dimension temporelle des données est de grande importance car la substituabilité des produits doit s'apprécier au cours d'une période bien définie. Pourtant, la détermination d'un horizon temporel dans lequel les données sont considérées comme pertinentes à l'analyse de la substituabilité demeure l'une des principales difficultés à laquelle même les économistes ne trouvent pas encore de solution. Dans tous les cas, les difficultés liées au facteur temporel auxquelles les autorités de concurrence se trouvent confrontées sont plus grandes en matière de contrôle des concentrations qu'en matière d'abus de position dominante et d'entente.

802. Transition. D'une manière générale, la détermination des rapports du temps au marché en cause reflète la pertinence des données utilisées et ainsi une certaine rigueur dans la méthode de l'analyse. Mais il existe des difficultés plus sérieuses qui la provoquent ainsi que la validité des conclusions de l'analyse. Ce sont les difficultés liées à la disponibilité, à la qualité et à l'exploitation des données.

B. Les difficultés liées à la disponibilité, la qualité et l'exploitation des données

803. Comme nous avons vu précédemment, la mise en œuvre des méthodes d'analyse de la substituabilité, particulièrement des méthodes quantitatives, requiert un grand volume de données. La Commission considère que la disponibilité et la qualité des données requises à la mise en œuvre d'une méthode économétrique sont les premières conditions préalables pour que celle-ci soit informative¹⁰⁹⁴. En pratique cependant, le problème lié à la disponibilité des données constitue la plus grande difficulté à laquelle se trouvent confrontées la Commission ainsi que d'autres autorités de concurrence (1). Dans certains cas où même si de nombreux types de données requises sont potentiellement disponibles, il est souvent difficile d'obtenir des données utiles et fiables à l'analyse (2). Parfois, les données, une fois collectées, ne sont pas exploitées par la Commission avec la même optique que par les entreprises concernées, ce qui provoque la contradiction et la validité des conclusions tirées des analyses (3).

¹⁰⁹⁴ Décision de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, op. cit., para. 30.

1. La disponibilité des données

804. L'indisponibilité des données nécessaires pour effectuer l'analyse du rapport de substituabilité est l'une des difficultés probatoires auxquelles tant la Commission européenne que les autorités de concurrence sont confrontées. Elle limite leur choix d'outils d'analyse. La carence concerne principalement des données quantitatives. Dans l'affaire *Olympic /Aegean Airlines*, les données économiques n'étant pas disponibles, la Commission a évalué la substituabilité des trains/ferries et des services aériens sur les liaisons domestiques grecques à l'appui des données qualitatives¹⁰⁹⁵. Elle n'a pas manqué de souligner le problème de disponibilité des données en déclarant dans sa décision d'interdiction de la concentration *Deutsche Börse/NYSE Euronext* que l'indisponibilité des données appropriées requises à la délimitation du marché rend inutile l'analyse empirique à cette fin¹⁰⁹⁶. En l'espèce, la Commission a indiqué que les données sur les prix n'étaient pas disponibles en raison de l'opacité du marché de gré à gré et que ce présentait la difficulté d'effectuer des analyses quantitatives. Elle a également noté, étant donnée l'incapacité des parties à la concentration d'obtenir des prix et d'autres données confidentielles de la part des clients négociant sur des plates-formes de gré à gré concurrentes, que les parties n'étaient pas en mesure d'effectuer de telles analyses en vue de la définition du marché¹⁰⁹⁷.

805. Nous verrons dans les chapitres suivants qu'il existe plusieurs méthodes quantitatives à l'analyse de la substituabilité¹⁰⁹⁸. La carence des données économiques constitue un handicap pour l'application de ces méthodes, faisant alors planer des incertitudes sur l'exactitude des décisions rendues. En effet, évaluer si une augmentation hypothétique des prix de 5 à 10%, lors de la mise en œuvre du test SSNIP, est profitable nécessite des informations sur les élasticités. Dans certains cas, ces données ne sont pas toujours disponibles¹⁰⁹⁹. De même, si on a recours au

¹⁰⁹⁵ Décision de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, *op. cit.*, paras. 31 et 37.

¹⁰⁹⁶ Décision de la Commission du 1^{er} fév. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, *op. cit.*, para. 251.

¹⁰⁹⁷ *Id.*, paras. 147-151.

¹⁰⁹⁸ V. *infra*, n° 854 et s.

¹⁰⁹⁹ Les données sur les élasticités sont principalement recueillies par la demande d'information auprès des consommateurs qui est effectuée par le moyen de questionnaires. Pourtant, les réponses des consommateurs aux questionnaires ne sont pas toujours précises et suffisantes. Par exemple, dans le cadre de l'enquête menée par la Commission sur le projet d'acquisition de MAN par Volkswagen, plus de 1000 questionnaires ont été envoyés aux clients des camions, dont seulement 15% environ ont répondu. Ce pourcentage de réponse s'avère trop petit pour refléter les élasticités, voir décision de la Commission du 26 sept. 2011, COMP/M.6267, *Volkswagen/Man*, JOUE C 15 du 18 jan. 2012, para. 27.

Critical Loss Analysis pour mettre en œuvre le SSNIP lorsque les données sur les élasticités ne sont pas disponibles, il faut disposer d'informations détaillées sur les habitudes d'achat des consommateurs qui peuvent ne pas être disponibles. À titre d'exemple, la Commission a effectué une analyse de la perte critique pour déterminer le marché géographique dans sa décision *Ineos/Kerling*¹¹⁰⁰. Alors que le seuil de la perte critique a été estimé sans difficulté, l'indisponibilité des données économiques a fait qu'il n'a pas été possible d'évaluer la perte réelle¹¹⁰¹, qui découlerait d'une hausse des prix de 5 à 10%, d'une manière qui puisse être considérée comme raisonnable et solide. Par conséquent, la Commission a déclaré que les résultats générés par l'analyse de la perte critique n'étaient pas concluants, étant donné que l'analyse économique effectuée s'est avérée statistiquement négligeable et insuffisante¹¹⁰².

806. Il convient de souligner que les données quantitatives nécessaires à la délimitation du marché pertinent sont en grande partie celles requises pour mettre en œuvre des méthodes économétriques suggérées comme alternatives à la première, et qui sont décrites dans les développements précédents. Par conséquent, les difficultés en ce qui concerne la disponibilité des données ne sont pas propres à la délimitation du marché. Elles ne le sont pas non plus à la Commission européenne¹¹⁰³.

807. Dans les cas où le problème de la disponibilité des données ne se pose pas, la Commission peut se trouver confrontée à une autre difficulté relative à la fiabilité des données.

2. La qualité des données

808. Il existe un principe fondamental selon lequel la qualité des résultats de l'analyse dépend de la qualité des données utilisées¹¹⁰⁴. Ce principe a été reconnu par la Commission européenne

¹¹⁰⁰ Décision de la Commission du 30 jan. 2008, COMP/M.4734, *Ineos/Kerling*, JOUE C 219 du 28 août 2008.

¹¹⁰¹ Pour les détails de l'estimation de la perte réelle, voir *infra*, n° 974.

¹¹⁰² *Id.*, paras. 102-105.

¹¹⁰³ Les autorités de la concurrence nationales ainsi que celles d'autres pays se trouvent confrontées aux mêmes difficultés. Celles-ci sont relevées mêmes aux Etats-Unis où l'analyse économétrique est la plus poussée. M. GLASSMAN constate que « *rarely it is possible to obtain data and sufficient statistical stability to measure cross-elasticity of demand* », « Market Definition as a Practical Matter », *Antitrust Law Journal*, vol. 49, 1980, p. 1155-1166, spéc. p. 1156. R. H. LANDE indique également que « *Imperfect information can substitute for traditional market share-based market power and can make a market that, structurally, appears competitive to behave anticompetitively. Second, imperfect information can create more narrowly defined relevant markets because it can effectively prevent customers from turning to certain potential substitutes* », « Beyond Chicago: Will Activist Antitrust Arise Again », *The Antitrust Bulletin*, vol. 39, Spring 1994, p. 1-25, spéc. p. 7-8.

¹¹⁰⁴ National Economic Research Associates (NERA), « Market definition in UK competition policy », Office of Fair Trading, OFTRP1, 1992, p. 34.

qui souligne qu'il est important, dans la procédure administrative, qu'elle fonde ses décisions sur tous les éléments de preuve fiables et pertinents disponibles¹¹⁰⁵.

809. La qualité des données peut être affectée de différentes façons. En effet, les données peuvent être sommaires et peu fiables¹¹⁰⁶. Elles peuvent également être inadéquates et présenter un certain nombre de défis pour l'analyse. Un des biais réside, à cet égard, dans l'objectif pour lequel les données ont été établies. Il est possible que les données fournies par les entreprises concernées ou recueillies par la Commission auprès des différents acteurs du marché aient été établies à l'origine à des fins précises autres que celle de la délimitation du marché. Les données établies à des fins différentes peuvent conduire à des résultats différents. En outre, les entreprises disposent souvent des données comptables disponibles. Or, la nature propre de la plupart de ces données et les principes comptables¹¹⁰⁷ qui ne correspondent pas nécessairement aux principes économiques font qu'il est souvent difficile de mesurer avec précision les principales variables d'intérêt dans une analyse concurrentielle à savoir le prix, le volume et le coût marginal¹¹⁰⁸.

810. Dans un certain nombre d'affaires, les défauts méthodologiques de mise en œuvre des questionnaires rendent les données obtenues opaques. Les données ne sont donc pas fiables et sont devenues inutiles à l'analyse. Lorsque de tels défauts méthodologiques existent, la Commission européenne exclut ce moyen de collecte des données et a recours à d'autres. À titre d'exemple, dans la concentration *Olympic/Aegean Airlines*, la Commission a soulevé d'importantes difficultés méthodologiques, compte tenu des circonstances particulières de

¹¹⁰⁵ OCDE, *Economic Evidence in Merger Analysis*, présentation de la délégation de la Commission européenne, DAF/COMP (2011)23, 27 juill. 2012, p. 245-260, spéc. p. 259.

¹¹⁰⁶ Les données sur les ventes, les prix et les coûts propres à l'entreprise sont rarement accessibles au public. Même les entreprises elles-mêmes ne tiennent pas nécessairement à jour des données détaillées sur les ventes et les coûts. Cela peut être le cas lorsqu'une entreprise ne vend pas directement au consommateur final mais plutôt à des détaillants. La conservation d'informations détaillées sur les ventes peut prendre beaucoup de temps et être coûteuse, et ces données peuvent être difficiles à analyser, ce qui peut rendre certaines entreprises moins susceptibles de recueillir de telles données et de se concentrer plutôt sur des données plus globales ou des analystes tiers. Cela peut être problématique si les données nécessaires à l'analyse sont les ventes au consommateur final.

¹¹⁰⁷ Les rapports comptables sont habituellement créés pour représenter des mesures agrégées du rendement de l'entreprise. Les données disponibles ne distinguent souvent pas les revenus générés de différents produits ou services offerts par l'entreprise. Il est donc impossible de connaître la revenue générée du produit ou service en question. De même, il n'est pas possible d'obtenir les informations sur les coûts propres au produit ou service considéré. En outre, les principes comptables et économiques étant différents, les coûts fixe et variable en comptabilité ne sont pas définis de la même manière qu'en économie.

¹¹⁰⁸ Voir R. W. PITTMAN, « Who Are You Calling Irrational? Marginal Costs, Variable Costs, and the Pricing Practices of Firms », *U.S. Department of Justice Economic Analysis Group Discussion Papers*, EAG 09-3, July 2009, disponible sur le site <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/07/27/248394.pdf> (consulté le 12 juin 2019) ; P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, 2010, p. 125-160.

l'affaire, qui n'ont pas permis de mener une enquête satisfaisante auprès des clients¹¹⁰⁹. Par conséquent, elle n'a pas pris en compte le résultat tiré de l'enquête réalisée par les parties à l'opération ni mené sa propre enquête, mais s'est focalisée plutôt sur d'autres moyens d'enquête ainsi que sur les données qualitatives pour apprécier la substituabilité entre les trains/ferries et les services aériens sur les liaisons domestiques grecques.

811. Si, en l'absence de difficultés méthodologiques, la technique de questionnaires est utilisée, les données tirées peuvent ne pas être fiables non plus en raison soit de la mauvaise formulation des questionnaires¹¹¹⁰, soit des réponses très sommaires ou incohérentes. En effet, il est difficile d'être sûr que les demandeurs réagiront en pratique conformément aux opinions qu'ils ont émises au moment du sondage. En particulier, les réponses se limitent souvent à un « oui » ou un « non » sans qu'aucune raison ne soit fournie pour les étayer¹¹¹¹. Ces réponses n'ont donc que peu de valeur pour l'analyse. La Commission est consciente de ce problème lié aux données recueillies par questionnaires et souligne à plusieurs reprises que « *la connaissance de la personne interrogée sur le sujet peut varier, elle peut avoir mal compris la question, elle peut être plus ou moins représentative et la réponse peut également être "biaisée" afin d'influencer la décision de la Commission*¹¹¹² ». Face à de telles difficultés, elle déclare qu'il ne serait pas approprié de supposer que les réponses aux questionnaires peuvent toujours être considérées comme pleinement informées et objectives¹¹¹³ et qu'elle s'appuie par conséquent sur des données recueillies par d'autres moyens d'enquête.

¹¹⁰⁹ Décision de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines, op. cit.*, paras. 35 et 39 (iv).

¹¹¹⁰ *Id.*, para. 39 (iv). La Commission a critiqué les parties à la concentration de ne pas avoir posé la question cruciale à la fin de l'enquête qui est de savoir si les consommateurs considéraient les services de ferries comme une alternative appropriée aux services aériens, soit en général, soit sur des liaisons spécifiques (le cas échéant).

¹¹¹¹ Par exemple, la Commission a, pour apprécier les engagements présentés par Universal dans le cadre de son projet d'acquisition d'EMI, envoyé 238 questionnaires aux clients et concurrents de cette première. Elle a constaté que « *un certain nombre de clients ont fourni des réponses très rudimentaires (et donc peu significatives) aux questionnaires, se limitant essentiellement à répondre par oui ou par non sans fournir aucune explication sur les raisons de leur réponse* », décision de la Commission du 21 sept. 2012, COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, JOUE C 220 du 1^{er} août 2013, para. 840, (nous traduisons).

¹¹¹² Décision de la Commission du 27 juin 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, JOUE C 47 du 20 fév. 2008, para. 39. V. également décision de la Commission du 4 sept. 2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, JOUE C 66 du 7 mars 2013, para. 23 ; décision de la Commission du 27 fév. 2013, COMP/M.6663, *Ryanair/Aer Lingus III*, JOUE C 216 du 30 juil. 2013, para. 28.

¹¹¹³ *Ibid.* Il convient de noter qu'en général, ces difficultés et les erreurs éventuelles y afférentes sont communes et inhérentes à toute méthode prospective. V. M. GODET, Manuel de stratégie prospective, Tome 1 : Une discipline intellectuelle, Paris, éd. Dunod, 3^e éd., 2007, spéc. p. 123 ; F. HATEM, Introduction à la prospective, Paris, Economica, 1996, spéc. p. 103.

812. Les difficultés de recueil des données affectant leur qualité font que les données utilisées à l'analyse de la substituabilité font souvent l'objet de critiques entre la Commission et les entreprises concernées¹¹¹⁴. De plus, il est nécessaire en principe que les données recueillies soient vérifiées pour s'assurer qu'elles ne sont pas entachées d'erreurs. Cependant, la lecture des décisions de la Commission montre qu'elle n'a souvent pas la possibilité d'effectuer la vérification de toutes les données collectées.

813. Conclusion du 2. L'assurance de la fiabilité et de la pertinence des données collectées constitue une mission importante mais difficile. Si cette difficulté est liée notamment aux circonstances d'une affaire donnée et aux particularités sectorielles, une autre à laquelle se heurte la Commission est due à la différence d'approche dans l'exploitation des données, lorsqu'elles sont recueillies.

3. L'exploitation des données

814. Les données fournies par les entreprises concernées ou celles recueillies par la Commission à partir d'autres sources peuvent ne pas être exploitées dans la même optique par celle-ci que par celle-là. Il s'agit particulièrement du cas des données économiques. Ainsi, à titre d'exemple, JCI affirme dans sa réponse à la communication des griefs de la Commission européenne que les répondants au questionnaire de cette dernière ont confirmé son point de vue selon lequel les importations de batteries de démarrage limitaient les fournisseurs. La Commission rejette cette interprétation en précisant que JCI fournit seulement un tableau incomplet et fortement faussé des résultats de l'enquête de la Commission en ne prenant connaissance et citant les éléments pertinents dans son dossier que de manière sommaire et

¹¹¹⁴ Décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, JOUE L 82 du 19 mars 2004, paras. 23-24 (les parties ont critiqué la Commission que le taux de réponse à son enquête sur le marché est inférieur à 50% et le dossier n'est donc pas représentatif. La Commission a rejeté l'argument des parties, *inter alia*, parce que le taux de réponse des clients immédiats des parties dans l'EEE avait été nettement supérieur à 50% et que le taux de réponse plus faible des clients situés en dehors de l'EEE n'a pas été considéré comme ayant affecté la valeur probante des données); décision de la Commission du 1^{er} fév. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, *op. cit.*, paras. 296 (les parties ont critiqué la Commission que dans l'enquête réalisée par cette dernière, une question posée aux utilisateurs sur leur disposition à passer de la négociation en bourse réglementée à celle de gré à gré en réponse à une augmentation de prix de 5 à 10% était trompeuse (car elle ne précisait pas que la hausse hypothétique était applicable à toutes les bourses) et biaisée (car la hausse aurait dû être exprimée en montant absolu, étant donné la difficulté liée à la compréhension de l'augmentation des prix). Les critiques ont été rejetées par la Commission et, par la suite, par le Tribunal dans son arrêt du 9 mars 2015, *Deutsche Börse c./Commission*, T-175/12, *Rec. numérique*, paras. 122-128).

sélective¹¹¹⁵. Dans l'affaire *Universal Music Group/EMI Music*, les parties à l'opération ont présenté une étude au soutien de leur conclusion qu'il existe une substitution entre les sources de musique illégales et autorisées. Or, la Commission considère qu'elle ne donne que des informations sur la pression concurrentielle exercée par le piratage sur les prix et les ventes au détail et non pas la preuve d'une substitution¹¹¹⁶.

815. Conclusion du B. L'indisponibilité des données quantitatives est un sérieux obstacle pratique pour mettre en œuvre des méthodes économétriques en vue de la délimitation du marché pertinent. L'obstacle est encore plus grand dans le cas des nouvelles méthodes suggérées pour remplacer la délimitation du marché car elles font appel à certains types de données qui ne sont pratiquement pas disponibles. La rigueur de la méthode de l'analyse et l'objectivité de la conclusion de celle-ci dépend de la suffisance et de la fiabilité des données. Par conséquent, l'emploi d'une méthode doit être déterminé en fonction de ces critères. Les exemples abordés montrent que la Commission européenne s'appuie généralement, pour assurer l'exactitude et la fiabilité de ses décisions, sur les preuves quantitatives afin de compléter les preuves qualitatives au lieu de ne s'appuyer que sur les premières.

816. Conclusion du §2. Les analyses qui précèdent ont mis en lumière des difficultés du recueil des données économiques à l'analyse de la substituabilité auxquelles se trouvent confrontées la Commission européenne ainsi que les autorités de concurrence. Alors qu'une décision doit être rendue dans une limite de temps mettant les autorités dans une situation difficile pour collecter des données détaillées, l'indisponibilité des données peut être un handicap pour la mise en œuvre des méthodes quantitatives complexes, faisant planer des incertitudes sur l'exactitude des décisions et ainsi sur la sécurité juridique. Le marché pertinent doit être délimité quel que soit le texte juridique mais tant la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence vietnamienne se voient beaucoup plus restreintes dans le temps dans une enquête en matière de contrôle des concentrations qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles. Or, c'est dans le cadre de la première que les méthodes quantitatives ont plus d'opportunité d'être appliquées. Les données requises à leur mise en œuvre sont souvent nombreuses mais ne sont pas toujours disponibles ni fiables. Par ailleurs, leurs dimensions temporelles sont dans certains cas

¹¹¹⁵ Décision de la Commission du 10 mai 2007, COMP/M.4381, *JCI/FIAMM*, JOUE C 241 du 8 oct. 2009, para. 121.

¹¹¹⁶ Décision de la Commission du 21 sept. 2012, COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, JOUE C 220 du 1^{er} août 2013, para. 212.

difficiles à déterminer. Toutes ces difficultés au niveau du recueil des données font que seules les analyses quantitatives ne sont pas en mesure d'aboutir à un résultat fiable et objectif.

817. Conclusion de la Section 2. Des développements qui précèdent, on retiendra deux conclusions. Premièrement, la Commission européenne recueille des données à l'analyse de la substituabilité de multiples sources. On constate, depuis la réforme du début des années 2000 des règles de la concurrence, une évolution progressive en termes de volume et de détail des informations demandées aux entreprises concernées et aux tiers ainsi qu'une utilisation accrue des études économiques. En particulier, en matière de contrôle des concentrations, l'éventail des informations que les entreprises parties à l'opération sont tenues de fournir dans le formulaire CO sont parfois extrêmement larges. À cela s'ajoutent de nombreux documents internes qui sont de plus en plus exigés. Bien qu'elles ne soient pas toutes vérifiées, ces données collectées sont contrôlées et complétées par celles que la Commission recueille d'autres sources, notamment auprès des consommateurs, des concurrents et des associations au moyens des e-questionnaires, des entretiens téléphoniques, des enquêtes de clientèle et d'autres outils d'enquête.

818. Deuxièmement, malgré l'accentuation de l'exigence des données et un large pouvoir d'enquête accordé à la Commission, celle-ci se trouve confrontée au problème de disponibilité et de qualité des données requises aux analyses quantitatives de la substituabilité. De plus, le temps restreint, en particulier en matière de contrôle des concentrations, ne permet souvent pas de recueillir des données très détaillées pour effectuer des analyses complexes. Les économistes eux-mêmes tiennent compte de ces problèmes pratiques à leurs suggestions. De telles difficultés expliquent que l'emploi de l'outil d'analyse dépend de la disponibilité et de la qualité des données et qu'un marché pertinent doit être délimité en se fondant sur les analyses tant qualitatives que quantitatives.

819. Conclusion du chapitre. Reposant à l'origine sur le concept économique de l'élasticité croisée de la demande, la notion de substituabilité est devenue d'un usage courant dans le droit de la concurrence et a revêtu un caractère quasi-légal de délimitation du marché pertinent. Compte tenu des difficultés et des limites de l'application pratique du concept de la théorie économique en droit, la jurisprudence européenne, depuis le premier arrêt où la notion de substituabilité a été employée, l'a adaptée dans son application dans l'ordre juridique, en recourant à d'autres facteurs que le prix pour apprécier la substituabilité des produits ou services.

La lecture de la jurisprudence et des textes juridiques fait apparaître également d'autres notions, à savoir l'interchangeabilité et la similarité, dont la distinction avec la substituabilité manque parfois de netteté bien que cette dernière soit considérée comme ayant un sens plus large et recouvrant les autres. Notion clé de la délimitation du marché pertinent, la substituabilité permet de déterminer le cadre de la concurrence effective sur lequel est apprécié le rapport de concurrence entre produits ou services qui peut permettre ensuite de constater que l'on se trouve ou non dans un cas où un pouvoir de marché est exercé.

820. L'analyse de la substituabilité des produits ou services s'appuie sur des données requises à la mise en œuvre des méthodes suivies par les autorités de concurrence. Sur le plan pratique, la Commission européenne procède de plusieurs techniques pour collecter des données nécessaires à son analyse. Les sources des données collectées sont multiples. Toutefois, la Commission constitue les éléments de preuve de la substituabilité essentiellement à partir des données fournies par les entreprises concernées et celles recueillies auprès des principaux acteurs du marché à savoir les consommateurs, les concurrents et les associations. Alors que la collecte de l'information est primordiale pour analyser correctement le rapport de substituabilité entre les produits, la Commission ainsi que les autorités de concurrence se heurtent à la carence de la disponibilité des données économiques. Par conséquent, lorsque l'analyse quantitative, qui est considérée comme un outil fournissant des preuves plus probantes de la substituabilité que l'analyse qualitative, soulève des doutes, elle doit être complétée par cette dernière. À cet égard, il est bien intéressant de souligner que les nouvelles méthodes d'analyse suggérées comme alternatives de la délimitation du marché pertinent, que nous avons analysées dans les chapitres précédents, consistent en des analyses purement quantitatives. Si l'indisponibilité des données constitue un problème pour la délimitation du marché, le problème est alors encore plus sérieux dans le cas des nouvelles méthodes. Les données économiques nécessaires à leur mise en œuvre, particulièrement certaines qui leur sont propres, étant rarement disponibles, les analyses purement quantitatives risquent d'aboutir à des conclusions erronées. Par conséquent, le choix de la méthode d'analyse, que ce soit en vue de l'appréciation des effets concurrentiels ou de la délimitation du marché, dépend de la disponibilité des données et le remplacement de la délimitation du marché par les nouvelles méthodes n'a lieu qu'exceptionnellement.

821. Transition. Avec l'évolution des secteurs économiques et l'émergence des nouveaux marchés au fil du temps, plusieurs méthodes d'analyse de la substituabilité se sont développées. L'approche de la Commission européenne n'est pas unique. Elle a recours en effet en général à plusieurs méthodes qui sont souvent conjuguées pour dégager les critères d'appréciation de la substituabilité.

CHAPITRE 2

LES MÉTHODES D'ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ

822. Accordant une importance capitale à la délimitation du marché pertinent, la Commission européenne a cherché à développer une méthode d'analyse cohérente qui lui permet de mettre en évidence la substituabilité des produits et ainsi de délimiter correctement les contours des marchés. Avant que la méthode ne soit établie, la Commission a eu le temps de s'instruire des enseignements de l'expérience américaine et d'apprécier le caractère opérationnel de la méthode d'analyse appliquée aux États-Unis. La publication de la communication sur la définition du marché en cause en 1997 a été le résultat des réflexions d'une approche appropriée et de plusieurs années d'expérience acquises dans l'application des règles de la concurrence en Europe¹¹¹⁷. La communication n'est pas un simple recueil de principes d'analyse établis (**Section 1**) mais elle a fourni aussi une approche plus claire et plus rigoureuse de la délimitation du marché, en particulier par l'adoption du TMH. Au fil du temps, on a assisté à une évolution importante des techniques d'analyse de la substituabilité. Les méthodes économétriques ont fait leur apparition de manière plus fréquente et leur usage par les autorités de concurrence en vue de dégager les preuves de la substituabilité s'accroît de plus en plus. Si la Commission n'a pas été attachée à théoriser sa réflexion économique lors de la publication de sa communication de 1997, elle montre une grande ouverture aux techniques quantitatives. Cette ouverture est nettement observée depuis la grande réforme des règles européennes de la concurrence de 2004. Il est devenu fréquent maintenant pour la Commission et pour les entreprises de recourir à des différentes méthodes économiques disponibles afin d'étayer leur délimitation du marché en cause, notamment dans des opérations de concentrations complexes. Ces méthodes, en particulier les récentes, qui sont reconnues de manière formelle ou semi-formelle et utilisées de manière plus ou moins accrue, ont apporté bon nombre de modifications à l'approche retenue par la Commission. Une telle évolution aussi importante nous amène à s'interroger si les nouvelles méthodes économiques la changeraient radicalement et si les techniques quantitatives en général

¹¹¹⁷ Il convient de souligner que bien que la Commission ait précisé le contenu fonctionnel de la notion de marché en cause dans les décisions adoptées en application de l'article 81 et surtout de l'article 82 TCE, le principal moyen d'élaborer une définition des marchés a été les décisions adoptées en vertu du règlement sur les concentrations. Cette expérience a été fondamentale pour amener la Commission à adopter la communication et a déterminé l'approche économique.

sont en mesure de dégager des preuves suffisamment robustes pour dispenser les preuves qualitatives de la substituabilité des produits (**Section 2**).

Section 1. Les principes d'analyse de la substituabilité

823. Il existe en droit européen plusieurs méthodes d'analyse de la substituabilité. Elles ont toutes pour but de déterminer les critères de substituabilité entre produits. Actuellement, la diversité de la demande chez les consommateurs entraîne la différenciation des produits des producteurs ou même il s'agit de la volonté de ceux-ci afin d'obtenir le pouvoir de marché. La recherche des possibilités de la substituabilité des produits n'est alors pas une tâche facile. Pour ce faire, il est nécessaire de mettre le bien ou service en cause dans la relation d'échange entre l'objet et le sujet de la relation, autrement dit, entre demandeurs et offreurs¹¹¹⁸. Partant de là, les autorités de concurrence s'appuient sur deux principes directeurs pour dégager les critères sur lesquels elles basent leurs décisions : la substituabilité du côté de la demande (§1) et la substituabilité du côté de l'offre (§2).

§1. La substituabilité de la demande

824. Dans les affaires de concurrence, la Commission et les juges européens ont facilement accepté la proposition selon laquelle le marché pertinent comprend des produits qui, du point de vue du consommateur, sont substituables. Les juges soulignent également depuis longtemps que les marchés devraient être définis par référence à la demande. La substituabilité de la demande est donc vite devenue le principe primaire en droit européen lorsqu'il est question de délimiter le marché en cause (*B*). Comme le concept de substituabilité trouve son fondement dans la théorie économique, nous nous intéressons dans un premier temps au rôle attribué à la substituabilité du côté de la demande dans cette théorie (*A*).

A. La substituabilité de la demande dans la théorie économique

825. Pour cerner la conception de la substituabilité de la demande dans la théorie économique, il importe de comprendre la raison d'être du critère de substituabilité. En effet, la théorie économique s'intéresse en grande partie au comportement concurrentiel des entreprises lors de

¹¹¹⁸ À cet égard, voir L. BIDAUD, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, *op. cit.*, n° 310 et s.

leur prise de décision¹¹¹⁹, en particulier depuis le développement de la théorie des jeux. Le comportement d'une entreprise dépend, entre autres, des autres entreprises dont elle tient compte dans ses décisions. Si les bénéfices qu'elle s'attend à tirer d'un ensemble de pratiques sont influencés par les activités d'autres entreprises, son comportement dépend alors de celui prévu par ces dernières. Toutes les entreprises sont susceptibles d'être affectés dans une certaine mesure par les actions des autres. Cependant, toute entreprise particulière est susceptible de ne s'intéresser qu'à certaines entreprises dont elle considère que l'action aura une influence significative sur le résultat de ses pratiques. Par conséquent, il faudra que les autorités, lors de leurs analyses des effets des comportements concurrentiels des entreprises, identifient celles qui prennent en compte le comportement des autres en vue de décider leurs pratiques commerciales. Cette tâche n'est pas facile car il n'est pas possible d'observer directement quelles entreprises qui vont se prendre en compte dans leur prise de décision et dont le comportement est donc lié puisque l'information requise est tenue par les entreprises. Même si les autorités sont habilitées de la leur demander, il se peut qu'elles ne soient pas en mesure ou désireuses d'articuler cette information. Toutefois, la mesure dans laquelle les entreprises prendront en compte les actions des autres est liée au degré de substitution existant entre leurs produits, du point de vue des consommateurs ou des fournisseurs. La nature et l'ampleur de cette réaction influenceront sur les résultats des pratiques adoptées par l'entreprise en cause. Pour mesurer la substituabilité entre produits ou services, la théorie de l'économie industrielle a développé le concept de l'élasticité de la demande¹¹²⁰. Celui-ci mesure la substituabilité entre produits du côté de la demande, c'est-à-dire du point de vu des consommateurs.

826. La substitution du côté de la demande fournit une discipline immédiate et efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné¹¹²¹. L'économie postule qu'un monopoleur ajuste le prix ou la quantité pour obtenir le profit maximum¹¹²². Une diminution de la production ne peut pas faire augmenter le coût d'un monopoleur, mais si la demande est inélastique, elle augmente ses revenus et par conséquent, son profit¹¹²³. De même, une hausse des prix sans que la demande soit

¹¹¹⁹ J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, préc., p. 1.

¹¹²⁰ V. *supra*, n° 699 et s.

¹¹²¹ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2010, *op. cit.*, n° 4-011, p. 118.

¹¹²² V. J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, préc., p. 65 et s.

¹¹²³ G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 66, n° 2, 1998, p.363-414, spéc. p. 368.

élastique peut accroître le profit du monopoleur¹¹²⁴. En revanche, si les consommateurs sont en mesure de se tourner vers des produits de substitution disponibles ou de commencer à s'approvisionner auprès de fournisseurs situés dans d'autres régions, il est peu probable que les augmentations de prix soient rentables. Plus il est facile pour les consommateurs de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, moins l'augmentation de prix du monopoleur est rentable. La probabilité de tirer des profits d'une pratique, à savoir l'augmentation des prix ou la réduction de la production d'un produit, dépend donc directement de la substituabilité de la demande¹¹²⁵. Il est impossible de la quantifier ainsi que l'effet d'une telle pratique d'une entreprise sur le marché si la réaction de ses clients à sa pratique n'est pas connue¹¹²⁶. Il convient de rappeler d'ailleurs que le marché est défini, en termes d'économie, comme le lieu où l'offre et la demande se rencontrent et s'équilibrent automatiquement par le biais des prix¹¹²⁷. L'analyse de la demande constitue donc une composante extrêmement importante de l'appréciation économique du comportement des entreprises et de ses effets sur la concurrence dans les marchés.

827. Ce raisonnement économique a été adopté par les autorités de concurrence dans leurs analyses du marché antitrust.

B. La substituabilité de la demande – principe primaire en droit européen

828. La substituabilité de la demande concerne donc la disposition des consommateurs à passer d'un produit à l'autre¹¹²⁸ en réponse aux variations relatives des prix. L'analyse de la substituabilité de la demande en droit de la concurrence a pour but d'identifier et d'inclure dans le marché que les substitués dont les prix et autres caractéristiques limitent la capacité de l'entreprise concernée et de ses concurrents d'augmenter leurs prix ou de réduire leur

¹¹²⁴ *Id.*, p. 370 : « A firm lacks market power if it faces an infinitely elastic demand curve, and a firm possesses market power if it faces a downward sloping demand curve ».

¹¹²⁵ V. également D. S. EVANS, « Lightning up on market definition », in E. ELHAUGE (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 53-89, spéc. p. 61 : « If a firm tried to turn the terms of trade against consumers it would first and foremost need to worry that consumers would reduce spending on its product ».

¹¹²⁶ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, préc., 2010, p. 1.

¹¹²⁷ V. *supra*, n° 2.

¹¹²⁸ Lorsqu'elle examine la substitution du côté de la demande, la Commission a déclaré que « seuls les produits ou services commercialisés sur le marché par d'autres fournisseurs peuvent être pris en compte pour déterminer leur substituabilité aux fins de la définition du marché », décision de la Commission du 29 mars 2006, COMP/38113, *Prokent/Tomra*, JOUE C 219 du 28 août 2008, para. 25.

production¹¹²⁹. La Commission adopte l'approche économique en considérant que la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix¹¹³⁰. Elle a indiqué qu'une telle substitution doit posséder le caractère effectif et immédiat nécessaire aux fins de la définition du marché¹¹³¹. Elle accorde donc à ce facteur la plus grande importance dans son analyse de la délimitation du marché. La lecture des décisions et des textes juridiques fait apparaître que la référence au point de vue des demandeurs¹¹³² constitue depuis toujours un principe de base de l'analyse de la substituabilité dans la pratique décisionnelle de la Commission. Elle montre par ailleurs que cet angle de l'analyse de la substituabilité est retenu, quel que soit le texte concerné – abus de position dominante, contrôle des concentrations ou entente.

829. La substituabilité de la demande peut être appréciée directement en examinant les preuves d'un changement de fournisseur par les consommateurs ou indirectement en examinant les facteurs tels que l'influence du prix, des caractéristiques et l'usage du produit. Comme nous l'avons développé dans le chapitre précédent et qui sera encore précisé dans les chapitres suivants, la Commission et les juges européens s'appuient sur des facteurs tant qualitatifs que quantitatifs pour déterminer les préférences des consommateurs et ainsi apprécier la substituabilité des produits au point de vue de ceux-ci¹¹³³. La recherche d'un moyen analytique d'évaluation quantitative de la substituabilité a conduit la Commission à adopter le test du monopoleur hypothétique (TMH) qui avait été précédemment adopté par les autorités américaines de la concurrence comme l'outil analytique principal afin d'évaluer la substitution de la demande. Ce test est un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs utilisé pour sonder les frontières des marchés de produits et des marchés géographiques en évaluant les paramètres de substituabilité économique entre différents produits¹¹³⁴.

¹¹²⁹ ICN Report on Merger Guidelines, Chapter 2, Seoul, April 2004, para. 1.17.

¹¹³⁰ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause, op. cit., para. 13.

¹¹³¹ Décision de la Commission du 30 oct. 2001, COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, JOUE L 43 du 13 fév. 2004, para. 163.

¹¹³² Les demandeurs dans le cadre de cette analyse peuvent être identifiés comme consommateurs, acheteurs, utilisateurs ou clients.

¹¹³³ V. *infra*, n° 1045 et s.

¹¹³⁴ V. *infra*, n° 1115 et s.

830. En droit vietnamien, la lecture des textes juridiques fait apparaître que l'analyse de la substituabilité du point de vue de la demande est également la priorité. Cette priorité ressort tout d'abord des termes du décret 116/2005/NĐ-CP relatif à l'application précise de certaines dispositions de la loi de la concurrence de 2004 selon lesquels la substituabilité des produits ou des services est déterminée en termes de leurs caractéristiques, de l'usage auquel ils sont destinés et de leur prix pour les utilisateurs¹¹³⁵. Il serait cependant difficile de savoir si la mise en œuvre de ce principe est affirmée dans la pratique en raison du nombre très limité de décisions rendues en la matière par l'autorité de la concurrence jusqu'à présent.

831. Conclusion du B. Il résulte ainsi clairement des termes des textes juridiques qu'en droit tant européen que vietnamien de la concurrence, le marché est délimité sur la base primaire de l'analyse de la substituabilité de la demande. Cette analyse se voit accordée la plus grande importance par les deux autorités. Cela est surtout reflété par la précision des critères d'évaluation de la substituabilité de la demande dans les textes mais aussi par la mise en œuvre pratique de ce principe dans les décisions de la Commission européenne.

832. Conclusion du §1. D'un point de vue économique, la demande à laquelle une entreprise donnée est confrontée dépend d'abord et avant tout du comportement des consommateurs. Par conséquent, la substitution de la demande fournit une discipline immédiate et efficace vis-à-vis des entreprises et constitue une composante extrêmement importante de l'analyse du comportement de celles-ci. Cette approche économique retenue, le focus sur l'analyse de la substituabilité de la demande est devenu une pratique systématique de la Commission européenne mais aussi des autorités nationales de la concurrence¹¹³⁶ et de celles d'autres pays¹¹³⁷

¹¹³⁵ Décret n° 116/2005/NĐ-CP du gouvernement du 15 septembre 2005 relatif à l'application précise de certaines dispositions de la Loi de la concurrence, préc., article 4.

¹¹³⁶ En France, le Conseil de la concurrence accorde une importance capitale à l'analyse de la substituabilité du côté de la demande. Dans sa définition, le marché pertinent est « *le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts* », voir rapports annuels du Conseil de la concurrence, notamment pour l'année 2001, et les lignes directrices de l'autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2013, pt. 338. De même, en Allemagne, le *Bundeskartellamt* définit les marchés de produits en cause en se basant principalement sur la substituabilité de la demande, voir *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* (loi allemande de la concurrence).

¹¹³⁷ Aux États-Unis, les *Horizontal Merger Guidelines 2010* stipulent de façon explicite que « *market definition focuses solely on demand substitution factors* », op. cit., Section 4, p. 7. Par ailleurs, les tribunaux américains soulignent depuis longtemps que les marchés doivent être définis en fonction de la force économique de la substitution de la demande. À cet égard, voir *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 395 (1956) : the market consists of goods « *reasonably interchangeable by consumers for the same purposes* ».

lorsqu'elles procèdent à délimiter le marché en droit de la concurrence. L'importance accordée à cette analyse est par ailleurs partagée par les auteurs tant économistes que juristes¹¹³⁸.

833. Transition. La substituabilité de la demande vise à identifier les concurrents existants pour les produits ou services fournis par les entreprises concernées. Lors de sa délimitation du marché pertinent, la Commission procède parfois également à l'analyse de la substituabilité de l'offre qui vise à identifier les concurrents potentiels qui pourraient rapidement pénétrer sur les marchés desservis par les entreprises en cause.

§2. La substituabilité du côté de l'offre

834. La substituabilité de l'offre représente les réactions des offreurs en réponse des variations de prix d'un produit¹¹³⁹. Elle peut provenir d'entreprises qui ne sont pas encore présentes sur le marché en question¹¹⁴⁰. La substituabilité de l'offre est traitée différemment selon les pays. Dans l'Union européenne, la prise en compte de la substituabilité de l'offre au niveau de la définition du marché a été établie relativement tôt dans son histoire du droit de la concurrence. Toutefois, la Commission ainsi que les juges européens ne sont pas allés plus loin en choisissant, dans la plupart des cas, de limiter leur définition du marché aux seuls concurrents actuels du marché. Comme la Commission a retenu le raisonnement économique de la substitution de la demande, nous nous intéressons en premier lieu à savoir si l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre joue un rôle aussi important que celle de la demande dans la théorie économique (A) avant d'analyser l'approche européenne à l'égard de ce principe dans son application en droit de la concurrence (B).

¹¹³⁸ Notamment V. KORAH, « Concept of Dominant Position within the meaning of Article 86 », *CMLR*, vol. 17, 1980, p. 395-414, spéc. p. 404 ; J.B. BLAIS & F. JENNY, « Le droit de la concurrence, les années récentes: bilan et synthèse », *RIDE*, n° 1, 1995, p. 91 ; M. C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p. 9.

¹¹³⁹ Pour éviter la confusion, il importe de bien concevoir le terme d'« *offreurs* » dans un contexte juridique. En effet, lorsqu'une entreprise augmente le prix d'un produit, les entreprises des produits substituables peuvent réagir en (i) accroissant leur production, (ii) augmentant également leurs prix, ou (iii) repositionnant leur produit. Ces entreprises offreuses sont prises en compte lors de l'analyse de la substituabilité du côté de la demande. En revanche, les entreprises offreuses considérées dans la dite substituabilité du côté de l'offre dans le cadre de la délimitation du marché pertinent ou de l'analyse concurrentielle consistent dans celles qui ne produisent pas *a priori* le produit en question mais qui disposent de moyens de transférabilité de leur offre sur le marché de ce produit. V. également G. W. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette Law Review*, vol. 76, 1992, p. 123-215, spéc. p. 190: « *Supply substitutability and entry both refer to the ability of producers not currently selling a particular product to begin doing so* ».

¹¹⁴⁰ Il est important de noter qu'il existe une différence entre la substituabilité de l'offre et la concurrence potentielle, v. *infra*, n° 1169.

A. Le rôle de l'analyse de la substituabilité de l'offre dans la théorie économique

835. Les principaux facteurs qui limitent le pouvoir de marché d'une entreprise sont l'étendue de la substituabilité de la demande et l'étendue et la nature de la réaction de l'offre, en particulier la substituabilité de l'offre¹¹⁴¹. La théorie économique prévoit ainsi que la capacité des entreprises à se mettre à produire un bien substituable à celui des entreprises actuelles, si ces dernières augmentent leurs prix, limitera leur exercice du pouvoir de marché. En effet, tout comme une hausse des prix d'un produit qui peut inciter les consommateurs à se détourner vers des substituts, une hausse de prix initialement réussie augmente les bénéfices d'une entreprise et peut donc inciter d'autres à entrer sur le marché et à vendre le produit en question¹¹⁴². Leur entrée sur le marché augmenterait l'offre disponible et, partant, abaisserait le prix du marché¹¹⁴³. Elle réduirait les bénéfices futurs escomptés de l'entreprise en cause et contrebalancerait tout gain résultant de l'augmentation des prix de cette dernière. Il en résulte que l'entrée d'autres entreprises sur le marché tempérerait l'incitation de l'entreprise concernée à augmenter ses prix. Dans un sens réaliste, ces concurrents potentiels font donc partie du marché en cause¹¹⁴⁴. Par ailleurs, l'approche économique du marché vise à déterminer l'ensemble de tous les produits et régions de substitution qui représentent une pression concurrentielle importante sur le produit en question¹¹⁴⁵. Par conséquent, sans distinction de l'importance de l'une ou de l'autre, la théorie économique conçoit que les contraintes liées tant à la demande qu'à l'offre doivent être prises en

¹¹⁴¹ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁴² F. M. SCHERER, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Chicago, Rand McNally & Company, 1^{re} éd., 1970, p. 229. V. également P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁴³ F. M. SCHERER, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Chicago, Rand McNally & Company, 1^{re} éd., 1970, p. 216. V. également F. M. FISHER, « Diagnosing Monopoly », *Quarterly Review of Economics and Business*, vol. 19, 1979, p. 7-17, spéc. p. 9.

¹¹⁴⁴ Voir B. A. KARSH, « The Role of Supply Substitutability in Defining the Relevant Product Market », *Virginia Law Review*, vol. 65, n° 1, Feb. 1979, p. 129-151, spéc. p. 133: « [...] a firm effectively can be in many markets at once. Even though at a given moment it actually sells in only one market, or in a few, its ability to produce for others, if its management decides entry would increase profits, makes the firm a part of those other markets ».

¹¹⁴⁵ À cet égard, voir le rapport du Comité National du Procureur Général, qui est composé d'éminents juristes et économistes, présenté au président des États-Unis en 1955. Stanley N. BARNES, S. CHESERFIELD OPPENHEIM, *Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, Washington D.C, U.S. Government Printing Office, 1955, p. 322: « [...] "the market" should include all firms whose production has so immediate and substantial an effect on the prices and production of the firms in question that the actions of the one group cannot be explained without direct and constant reference to the other. One should include in a market all firms whose products are in fact good and directly available substitutes for one another in sales to some significant group of buyers, and exclude all others. Where the products of different industries compete directly as alternatives for the same use, the market for that class of products should include the rival goods supplied by different industries ».

considération. Cela est d'ailleurs bien stipulé par Fritz MACHLUP selon lequel « *firms related through cross-elasticities of the demands for their products or of the suppliers of their factors may be said to constitute an "industry" if these cross-elasticities are either so important or so definite that they could not be neglected without impairing the considerations of the firms or the analysis of the economist*¹¹⁴⁶ ».

836. La logique économique nous renseigne également que la substituabilité de l'offre exerce une pression concurrentielle comparable à celle de la demande mais au travers de mécanismes différents¹¹⁴⁷. En effet, si, du point de vue de la demande, l'augmentation du prix du produit X risque de ne pas être profitable à cause du transfert de consommateurs de X vers Y, du point de vue de l'offre, elle risque de ne pas l'être à cause du transfert des producteurs de Y vers X. La capacité d'entrer sur un marché en tant que concurrent dépend d'un ensemble de facteurs. La théorie économique l'estime à l'aide de deux critères à savoir le coût faible et la rapidité d'entrée¹¹⁴⁸.

837. Il résulte ainsi de la théorie économique que la substituabilité de l'offre est conçue comme étant la contrepartie de la production de la disponibilité de substituts de la demande et son existence peut empêcher une entreprise d'exercer un quelconque pouvoir de marché¹¹⁴⁹. Elle constitue un facteur pour déterminer les limites du marché. En d'autres termes, la substituabilité de l'offre doit être prise en compte au stade de la délimitation du marché plutôt qu'au stade ultérieur de l'analyse concurrentielle¹¹⁵⁰. La prise en compte de ce principe lors de la délimitation du marché peut permettre de déterminer précocement si l'entreprise a un pouvoir de marché et d'éviter donc de procéder à une analyse plus poussée. Alors que cette approche est partagée par des économistes et juristes, il apparaît que les autorités de concurrence sont encore réticentes pour l'adopter.

¹¹⁴⁶ F. MACHLUP, *The Economics of Sellers' Competition: Model Analysis of Sellers' Conduct*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952, p. 214 (gras ajouté).

¹¹⁴⁷ B. A. KARSH, « The Role of Supply Substitutability in Defining the Relevant Product Market », *op. cit.*, spéc. p. 132.

¹¹⁴⁸ P. A. SAMUELSON & W. D. NORDHAUS, *Economics*, préc.

¹¹⁴⁹ B. A. KARSH, « The Role of Supply Substitutability in Defining the Relevant Product Market », *op. cit.*, spéc. p. 131-132.

¹¹⁵⁰ En ce sens, v. V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9^e éd., 2007, p. 79 : « *For economists, a market is defined in terms of substitutes on both the demand and the supply side* ».

B. Le rôle de l'analyse de la substituabilité de l'offre en droit européen de la concurrence

838. La prise en considération de la substituabilité de l'offre dans la définition du marché a été établie relativement tôt dans l'histoire du droit européen de la concurrence. La CJCE a très tôt signalé que la substituabilité entre produits devait s'analyser aussi au regard de l'offre. Cette affirmation qui est entièrement cohérente avec une approche économique du marché a été confirmée dans des grands arrêts ultérieurs rendus non seulement par celle-ci mais aussi par le TPICE. La Commission a également reconnu le rôle de l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre lors de la délimitation du marché pertinent dans sa communication de 1997. Toutefois, la lecture de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle de la Commission montre que contrairement à l'analyse de la demande, celle du côté de l'offre n'est prise en compte au niveau de la délimitation du marché qu'au cas par cas. Les difficultés relatives à l'appréciation (2) peuvent être les facteurs qui expliquent pourquoi la substituabilité de l'offre reste un principe secondaire en droit européen (1).

1. La substituabilité de l'offre – un principe secondaire

839. La prise en compte de l'analyse de la substituabilité lors de la délimitation du marché a été introduite par la Cour de Justice dans son célèbre arrêt *Continental Can* dans lequel elle a indiqué que la substitution du côté de l'offre constituait un élément essentiel de la délimitation du marché. En l'espèce, après avoir souligné que la définition du marché servait à « *apprécier les possibilités de concurrence*¹¹⁵¹ », la Cour a jugé que la Commission n'avait pas démontré que les concurrents dans d'autres secteurs du marché des emballages métalliques légers ne peuvent pas, par une simple adaptation, se présenter avec une force suffisante pour constituer un contrepois sérieux sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson¹¹⁵². Par conséquent, elle a annulé la décision de la Commission selon laquelle il existait trois marchés distincts pour différents types d'emballages métalliques légers¹¹⁵³. Ce côté d'analyse de la substituabilité a été ensuite confirmé dans *Michelin I*. Dans cet arrêt, la CJCE a

¹¹⁵¹ Arrêt de la CJCE du 21 fév. 1973, *Europemballage et Continental Can c./Commission*, C-6/72, Rec. p. 215, attendu 32.

¹¹⁵² *Id.*, attendu 33.

¹¹⁵³ Par cette attention précoce des juges communautaires à la concurrence potentielle et en particulier à l'analyse de la substituabilité de l'offre, les juges communautaires ont manifestement une longueur d'avance sur la jurisprudence américaine. V. B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté économique européenne ? », *RTD Eur.*, 1989, p. 5-44, spéc. p. 38.

déclaré que l'analyse du marché ne devait pas se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause mais devait également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché¹¹⁵⁴. Ainsi, en prenant compte de la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché, elle estime que l'élasticité de l'offre entre les pneus pour poids lourds et les pneus de tourisme étant absente, la concurrence sur le marché de pneus lourds n'est point influencée par les pneus pour voiture de tourisme¹¹⁵⁵. En adoptant la même approche que la Cour, le TPICE a donné raison à la Commission en ce qui concerne sa délimitation de quatre marchés distincts dans le secteur des systèmes de conditionnement destinés aux produits alimentaires liquides¹¹⁵⁶.

840. La Commission européenne a tenu compte de l'approche de la CJCE sur cette question et a explicitement introduit la prise en compte de la substituabilité du côté de l'offre dans sa communication sur la définition du marché en cause de 1997. En effet, elle y a indiqué que « *l'entreprise est soumise à trois grandes sources de contraintes concurrentielles : la substituabilité de la demande, la substituabilité de l'offre et la concurrence potentielle*¹¹⁵⁷ ». Mais en même temps, elle déclare également que la substituabilité de l'offre ne peut être prise en compte que si elle a « *des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité*¹¹⁵⁸ ». Plus particulièrement, la communication prévoit que deux conditions doivent être remplies pour que soit retenue ce côté de l'analyse¹¹⁵⁹: premièrement, les fournisseurs doivent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme ; deuxièmement, cette production doit encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel. En d'autres termes, la Commission estime que la substitution de l'offre ne constitue une contrainte concurrentielle effective que lorsque les entreprises présentes sur un marché sont en mesure d'en pénétrer un autre immédiatement et à faible coût. L'exemple du secteur du papier donné dans la communication pour illustrer des situations dans lesquelles l'analyse du côté de l'offre est susceptible d'être prise en compte montre l'approche de la Commission qui consiste à ce que la considération de la substitution de l'offre se traduit par

¹¹⁵⁴ Arrêt de la CJCE du 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission*, C-322/81, *Rec.* p. 3461, para. 37.

¹¹⁵⁵ *Id.*, para. 41.

¹¹⁵⁶ Arrêt du TPICE du 6 oct. 1994, *Tetra Pak c./Commission*, T-83/91, *Rec.* p. II-755, paras. 60 et s. (pourvoi rejeté par la CJCE dans son arrêt du 16 nov. 1996, C-333/94, *Rec.* p. I-5951)

¹¹⁵⁷ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 13.

¹¹⁵⁸ *Id.*, pt. 20.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

une agrégation des marchés et conduira donc à des marchés plus larges que ceux qui seraient obtenus en considérant uniquement les facteurs de substitution de la demande¹¹⁶⁰. En pratique, la substituabilité de l'offre n'est pas prise en compte de façon systématique dans la délimitation du marché¹¹⁶¹ et elle joue rarement un rôle décisif pour élargir les marchés¹¹⁶². En effet, les affaires dans lesquelles la Commission a tenu compte de la substituabilité du côté de l'offre sont très peu nombreuses. À titre d'exemple, la Commission estime dans sa décision *Electrolux/AEG* que la distinction entre les modèles n'est pas nécessaire étant donné que tous les principaux producteurs de gros appareils électroménagers produisent et vendent une gamme complète de modèles. En conséquence, les producteurs peuvent passer de la production d'un modèle spécifique à un autre, de sorte que l'offre est largement substituable¹¹⁶³. Dans l'affaire *UPM-Kymmene/Haindl* dans le secteur du papier, la Commission a considéré que le papier journal constituait un marché de produits pour le motif qu'il existait une forte substituabilité sur le plan de la demande et de l'offre entre les différentes qualités reconnues de papier journal¹¹⁶⁴.

841. En revanche, les décisions dans lesquelles la Commission a écarté cette analyse et délimité le marché en se fondant uniquement sur la substituabilité de la demande sont abondantes. Dans sa décision *Microsoft*, la Commission a écarté la substitution de l'offre en ce qui concerne la fourniture de systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels clients. Elle a souligné en effet les coûts de commercialisation importants qui seraient nécessaires pour lancer un nouveau produit dans ce domaine, étant donné que la connaissance des caractéristiques et de la présentation d'un produit était considérée comme d'une importance capitale pour de nombreux clients. Cela a contribué à la conclusion de la Commission selon laquelle il n'existait pas de substitution du côté de l'offre et le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients a été

¹¹⁶⁰ V. également décision de la Commission du 17 nov. 2010, COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee*, JOUE C 23 du 28 jan. 1012, para. 96.

¹¹⁶¹ En ce sens, voir F. H. FISHWICK, « The Definition of the Relevant Market in the Competition Policy of the European Economic Community », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1993, p. 174-192.

¹¹⁶² XXIII^{ème} Rapport sur la politique de concurrence de 1993, p. 187 : « La substituabilité de l'offre est un critère normalement utilisé par la Commission dans le cadre de son appréciation d'une éventuelle position dominante (c'est-à-dire en tant que facteur de concurrence potentielle). Il arrive cependant qu'elle entre dans la définition du marché de produits, mais elle ne constitue généralement pas un élément suffisant pour élargir la définition du marché en cause ». V. également D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*, préc., p. 182 : « Supply-side factors are rarely considered by the Commission and even where they are considered, their contribution to market definition remains limited ».

¹¹⁶³ Décision de la Commission du 21 juin 1994, IV/M.458, *Electrolux/AEG*, JOCE C 187 du 9 juill. 1994, para. 11.

¹¹⁶⁴ Décision de la Commission du 21 nov. 2001, COMP/M.2498 – *UPM-Kymmene/Haindl* et COMP/M.2499 – *Norske Skog/Parenco/Walsum*, JOCE L 233 du 30 août 2002, para. 13.

retenu comme le marché de produit en cause¹¹⁶⁵. De même, dans l'affaire *Intel*, la Commission a examiné s'il y avait la substitution de l'offre entre les unités centrales de traitement (CPU) pour les ordinateurs basés sur les processeurs d'architecture x86 d'Intel et soit les CPUs pour les ordinateurs basés sur les processeurs d'architecture non-x86 soit les CPU pour les périphériques non informatisés. Elle est parvenue à la conclusion que les coûts et le temps nécessaires au développement de la technologie étaient importants et que le marché de produits en cause n'était pas plus large que le marché des processeurs x86. Dans la concentration *Unilever/Sara Lee*, la Commission écarte l'argument des parties concernées de l'existence d'une substitution de l'offre en faisant valoir que le lancement d'une nouvelle marque de déodorants nécessitait un investissement publicitaire significatif et qu'il se fait progressivement plutôt qu'immédiatement. La possibilité d'autres fabricants de déodorants masculins et non masculins de produire et de commercialiser les substituts des produits en cause n'a donc pas été prise en compte lors de la délimitation du marché¹¹⁶⁶.

842. L'importance différenciée accordée à la substituabilité de la demande et à la substituabilité de l'offre est également reflétée dans le formulaire CO qui montre que cette dernière ne joue aucun rôle dans la définition du marché de produits puisqu'il affirme qu'« *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables*¹¹⁶⁷ ».

843. Ainsi, malgré la mise en accent sur l'ouverture à tous les critères, la substitution de l'offre n'est que d'une importance secondaire par rapport à celle du côté de la demande dans la définition du marché en cause. Cette approche est en fait adoptée par la Commission dans sa pratique décisionnelle même avant la publication de la communication de 1997¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ Décision de la Commission du 24 mars 2004, COMP/37.792, *Microsoft*, JOUE L 32 du 6 fév. 2007, paras. 334-341.

¹¹⁶⁶ Décision de la Commission du 17 nov. 2010, COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee*, *op. cit.*, paras. 108-112. V. également décisions de la Commission du 19 sept. 2008, COMP/M.5180, *Manitowoc/Enodis*, JOUE C 224 du 17 sept. 2009, para. 17 ; du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, JOUE C 145 du 25 juin 2009, paras. 34-39 ; du 2 avril 2003, COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, JOUE L 110 du 16 avril 2004, para. 20 ; du 5 juill. 1999, IV/M.1539, *CVC/Danone/Gerresheimer*, JOCE C 214 du 27 juill. 1999, para. 8.

¹¹⁶⁷ Règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 336 du 14 déc. 2013, Section 6.1 (gras ajouté).

¹¹⁶⁸ V. KORAH affirme que « *bien que, comme la Cour dans son arrêt Continental Can, de nombreux économistes considèrent que la substituabilité tant du côté de la demande que de l'offre du marché le définit, des décisions rendues dans la Communauté européenne à la fins des années 1970 et dans les années 1980 ont utilisé un critère différent [...] la seule substitution de la demande a servi à définir le marché* », v. V. KORAH, *An Introductory*

844. Conclusion du 1. Par cette communication, la Commission reconnaît de manière théorique le rôle de la substituabilité de l'offre. La carence d'un cadre de critères précis et les difficultés de mise en œuvre expliquent peut-être sa réticence à prendre en considération de manière systématique la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché.

2. L'obstacle à la prise en considération systématique de l'analyse de la substituabilité

845. Il existe une doctrine divergente qui consiste à savoir à quel stade la substituabilité de l'offre devrait être examinée. De nombreux auteurs sont d'avis que la substituabilité du côté de l'offre n'est pas essentielle et qu'elle est une question à analyser lors de l'appréciation de la concurrence potentielle¹¹⁶⁹. Selon ces auteurs, il peut être difficile et déroutant de demander une seule étape analytique – la délimitation du marché – de tenir compte à la fois des deux forces économiques que sont la substitution de la demande et de l'offre¹¹⁷⁰. Certains autres critiquent l'analyse de la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché en raison du caractère incertain du résultat d'une telle analyse¹¹⁷¹. D'autres argumentent que dans le cas des concentrations, la délimitation du marché et la part de marché ne fournissent qu'un indicateur initial et préliminaire des effets d'une opération sur la concurrence et que l'on devrait donc éviter de condenser toute analyse de la concurrence dans la définition du marché.

Guide to EC Competition Law and Practice, Oxford, Hart Publishing, 6^e éd., 1997, p. 80 (nous traduisons). Ce point de vue a été partagé par S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC competition Law*, London, Sweet and Maxwell, 1999, p. 57-58 : « [...] Lors de la définition du marché des produits en cause, la pratique passée de la Commission a fait appel à quatre facteurs [...]. Ce sont ceux qui concernent exclusivement le côté de la demande » (nous traduisons). V. également décisions de la Commission du 21 déc. 1992, IV/M.290, *Sextant/BGT-VDO*, JOCE C 9 du 14 jan. 1993, para. 8 ; du 22 juill. 1992, IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, JOCE L 356 du 5 déc. 1992, para. 18 ; du 9 déc. 1991, IV/M.149, *Lucas/Eaton*, JOCE C 328 du 17 déc. 1991, para. 21 ; du 2 oct. 1991, IV/M.53, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, JOCE L 334 du 5 déc. 1991, para. 14 ; du 6 juin 1991, IV/M.81, *Viag/CCE*, JOCE C 156 du 14 juin 1991, para. 13.

¹¹⁶⁹ M. S. GLASSMAN, « Market Definition as a Practical Matter », *Antitrust Law Journal*, vol. 49, 1980, p. 1155-1166, spéc. p. 1157 ; J. B. BLAISE & F. JENNY, « Le droit de la concurrence, les années récentes : bilan et synthèse, *op. cit.*, p. 102 ; J. B. BAKER, « Market Definition: An Analytical Overview », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, 2007, p. 129-173, spéc. p. 134.

¹¹⁷⁰ J. B. BAKER, « Market Definition: An Analytical Overview », *op. cit.* V. également L. GYSELEN, « Le règlement du Conseil des communautés européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, vol. 45, n° 1, jan.-mars 1992, p. 5-48 ; R. PITOVSKY, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review*, vol. 90, n° 7, Nov. 1990, p.1805-1864 ; F. FISHWICK, « Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy », a report for the Commission of the European Communities, Sept. 1986 ; L. KAPLOW, « The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 8, 1982, p. 1817-1848 ; H. SCHRÖTER, « La réglementation du monopole en droit communautaire », Collège d'Europe, Templehof, Bruges, 1977.

¹¹⁷¹ M.C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1994.

846. Ces critiques ressortent en fait des difficultés de mise en œuvre de l'analyse de la substituabilité de l'offre. Plusieurs questions de méthode sont à répondre. À quelles conditions est-il possible de considérer que les concurrents présents sur un autre marché sont en mesure d'offrir des produits substituables aux produits en cause ? À quel niveau doit-on considérer que l'effet de la substituabilité de l'offre a un impact sur la dimension du marché pertinent ? Quels critères d'appréciation doit-on retenir ? etc. On se demande si c'est à cause de ces difficultés que les arrêts *Continental Can* et *Michelin* n'ont pas eu un retentissement direct sur la pratique¹¹⁷². Dans la communication sur la définition du marché en cause, la Commission énonce comme condition générale que la substituabilité du côté de l'offre doit avoir des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'efficacité et d'immédiateté. Sans fournir davantage de précisions, elle l'aborde par un exemple du secteur du papier et prononce que la substituabilité de l'offre est susceptible d'être pertinente dans les situations où « *les entreprises offrent tout un choix de qualités ou de types pour un même produit. Même si, pour un acheteur final ou un groupe de consommateurs finals donné, ces différences de qualité ne sont pas substituables, ces dernières seront regroupées dans un seul marché de produits, sous réserve que la plupart des fournisseurs soient en mesure de proposer et de vendre ces différentes qualités immédiatement et sans augmenter leurs coûts de manière substantielle*¹¹⁷³ ». Cela ne permet pas de bien connaître la doctrine de la Commission en la matière. La lecture de sa pratique décisionnelle montre d'ailleurs que son approche à l'égard de la substituabilité de l'offre n'est pas cohérente. En effet, dans certaines affaires, la Commission examine soigneusement la possibilité de la substitution du côté de l'offre¹¹⁷⁴ tandis que dans d'autres, aucune analyse de ce côté n'est effectuée et la Commission n'a pas donné d'explication de cette omission¹¹⁷⁵.

¹¹⁷² T. E. KAUPER, « The Problem of Market Definition under EC Competition Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 20, issue 5, 1996, p. 1682-1767.

¹¹⁷³ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 21.

¹¹⁷⁴ V. par exemple décision de la Commission du 2 oct. 1997, IV/M.984, *DuPont/ICI*, JOCE C 4 du 8 jan. 1998 (l'analyse de la Commission a montré que les différentes qualités de dioxyde de titane n'étaient pas substituables du côté de la demande. Néanmoins, la Commission a procédé à une analyse bien soignée de la substitution de l'offre sur la base de laquelle elle est parvenue à la conclusion qu'un marché unique est défini pour toutes les qualités de dioxyde de titane).

¹¹⁷⁵ V. par exemple décision de la Commission du 17 juill. 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201 du 29 juill. 1997 (les marchés de produits en cause étaient étroitement définis du point de vue de la demande, en termes d'usage prévu. La substitution du côté de l'offre n'a joué aucun rôle à ce stade mais au niveau de l'analyse de la concurrence potentielle).

847. Une lecture plus détaillée des décisions dans lesquelles la substitution de l'offre est analysée au niveau de la délimitation du marché révèle que la Commission évalue la substituabilité de l'offre en s'appuyant sur deux critères : le temps d'adaptation¹¹⁷⁶ et le coût d'adaptation¹¹⁷⁷. En ce qui concerne le premier critère, elle se contente de dire dans sa communication que les fournisseurs doivent être en mesure de réorienter leur production vers les produits en cause et de les commercialiser à court terme, lequel est défini comme la période pour laquelle un ajustement significatif des actifs tangibles et intangibles n'est pas nécessaire¹¹⁷⁸. Aucun délai spécifique n'est identifié. Toutefois, les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement 139/2004 stipulent que l'entrée de concurrents potentiels sur le marché n'est prise en considération que si elle s'effectue dans un délai de deux ans¹¹⁷⁹. La substitution du côté de l'offre doit donc clairement être plus rapide que cela¹¹⁸⁰. Dans sa décision *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*, la Commission a rejeté la prise en considération de la substituabilité de l'offre lors de sa délimitation du marché parce que le délai nécessaire pour une transformation des installations en vue de la production de turbopropulseurs pour les types d'avion différents serait de trois ou quatre ans, délai qui est considéré comme trop long¹¹⁸¹. Dans une autre décision plus récente, *ABF/GBI Business* concernant une concentration de deux entreprises produisant de la levure de boulangerie sèche, comprimée et liquide, la Commission estime que les effets d'un passage de la levure liquide à la levure comprimée ne seraient pas immédiats, *inter alia*, 6 à 12 mois étant nécessaires pour commencer la production¹¹⁸². Pour le second critère, la Commission évalue si les coûts que les entreprises pourraient subir en convertissant leur production du produit en cause ne sont pas exorbitants. L'appréciation des coûts supportables requiert la prise en compte de certains éléments que nous examinerons plus loin lors de l'analyse des décisions de la Commission.

¹¹⁷⁶ Pour les détails, v. *infra*, n° 1184 et s.

¹¹⁷⁷ Pour les détails, v. *infra*, n° 1171 et s.

¹¹⁷⁸ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 20.

¹¹⁷⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 fév. 2004, para. 74.

¹¹⁸⁰ D'autres juridictions considèrent une période maximale d'un an dans leurs lignes directrices et la Commission n'accepterait vraisemblablement pas une période plus longue dans sa pratique en la matière. Voir ICN Report on Merger Guidelines, Chapter 2, Seoul, April 2004. L'utilisation de ce critère de période est considérée comme étant arbitraire par certains auteurs, voir en particulier L. KAPLOW, « The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative », *op. cit.*, spéc. p. 1843.

¹¹⁸¹ Décision de la Commission du 2 oct. 1991, IV/M.53, *Aerospatiale/Alenia/De Havilland*, JOCE L 334 du 5 déc. 1991, para. 14.

¹¹⁸² Décision de la Commission du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, JOUE C 145 du 25 juin 2009, para. 35.

848. Il est important par ailleurs de bien remarquer que les limites du marché pertinent s'en trouveront élargies si la plupart des fournisseurs sont en mesure de produire et de commercialiser le produit en cause. C'est ce qui est dit dans l'exemple donné dans la communication de la Commission. Sans fournir de précision à cette déclaration, l'approche de la Commission à ce propos était ambiguë et l'interprétation de cette déclaration dans l'analyse de la substituabilité de l'offre ainsi qu'à l'égard du rôle de cette analyse a provoqué une certaine confusion parmi les praticiens. Ce n'est qu'en 2009 qu'a été publié un article de deux membres de l'équipe de l'économiste en chef de la DG COMP sur l'application des règles de concurrence dans l'UE, spécifiquement sur l'aperçu de certaines des analyses économiques réalisées dans les affaires importantes et dans l'élaboration des politiques au cours de l'année écoulée, cette déclaration semblait être plus ou moins précisée lorsqu'il est indiqué que l'évaluation de l'élargissement du marché sur la base de la substitution de l'offre dans la concentration *Friesland/Campina*¹¹⁸³ s'est appuyée sur la « *substituabilité quasi universelle*¹¹⁸⁴ ». Cela montre que la Commission tend à adopter en pratique ce critère qui est utilisé d'ailleurs en droit américain¹¹⁸⁵. Il demeure la question de savoir comment la Commission procède à analyser ce critère.

849. Conclusion du 2. Les difficultés relatives à l'évaluation de la substituabilité de l'offre conduisent peut-être la Commission à se montrer très réticente de la prendre en considération de manière systématique. La première consiste dans l'évaluation des conditions auxquelles l'analyse de la substituabilité de l'offre est nécessaire à la délimitation du marché. La deuxième est relative à l'évaluation de l'effet d'une telle substituabilité sur la dimension du marché pertinent. Et la troisième concerne les méthodes de mise en œuvre. Même si la Commission a tenté de définir certains conditions et critères d'évaluation dans sa communication sur la définition du marché en cause, son approche pratique semble contradictoire et ne repose pas clairement sur ce qui est exposé dans cette communication¹¹⁸⁶.

¹¹⁸³ Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009.

¹¹⁸⁴ Damien NEVEN & Miguel DE LA MANO, « Economics at DG Competition, 2008-2009 », *Review of Industrial Organization*, vol. 35, issue 4, 2009, p. 317-347, spéc. p. 319.

¹¹⁸⁵ Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines 2010, note bas de page 8: « *If this types of supply side substitution is nearly universal among the firms selling one or more of a group of products, the Agencies may use an aggregate description of markets for those products as a matter of convenience* ».

¹¹⁸⁶ V. *infra*, n° 1169 et s.

850. Conclusion du B. La prise en compte de l'analyse de la substituabilité de l'offre lors de la délimitation du marché a été introduite relativement tôt dans la jurisprudence par la Cour de Justice des Communautés européennes. Conformément aux exigences de la jurisprudence, la Commission européenne reconnaît le rôle de cette analyse au stade de la délimitation du marché. Toutefois, cette prise en considération ne semble être que théorique¹¹⁸⁷. La doctrine de la Commission n'étant pas fixée en la matière et il n'existe pas de critères d'évaluation clairs sur lesquels la Commission base sa décision. Les difficultés de mise en œuvre constituent peut-être les raisons pour lesquelles la substituabilité de l'offre reste un principe secondaire en droit européen de la concurrence.

851. Conclusion du §2. La théorie économique nous enseigne que la substituabilité du côté de l'offre joue un rôle aussi important dans l'analyse du comportement des entreprises. Elle représente des contraintes concurrentielles comparables à celle du côté de la demande. Par conséquent, des économistes préconisent de considérer simultanément l'analyse de la substituabilité de l'offre et celle de la demande lorsque l'on procède à la délimitation du marché en droit de la concurrence. Sur le plan juridique, on assiste depuis peu à une pénétration de cette analyse au niveau de la définition du marché en droit européen. Cependant, l'utilisation de l'analyse est loin d'être généralisée. Dans la pratique, la Commission privilège la portée de l'analyse de la substituabilité du côté de la demande et celle du côté de l'offre demeure un principe secondaire. D'ailleurs, dans un nombre limité de décisions où la substituabilité de l'offre est prise en compte, la Commission n'a pas réussi à fournir un cadre analytique solide sur lequel les entreprises peuvent s'appuyer pour évaluer leur transaction et leur pratique. Les difficultés de mise en œuvre mises en lumière dans les développements qui précèdent peuvent être des raisons pour lesquelles les autorités européennes sont réticentes de prendre en considération la substituabilité de l'offre de manière systématique lors de la délimitation du marché.

852. Conclusion de la Section 1. Au terme de ces développements, les deux principes qui gouvernent l'analyse de la substituabilité sont d'inégale importance en droit européen de la concurrence. D'un point de vue économique, la substitution de la demande et de l'offre

¹¹⁸⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2010, op. cit., n° 4-015, notent que « *while the concept of supply-side substitution is recognised in practice, experience suggests that [...] supply-side substitution, if it is considered at all, tends to be more of an afterthought* ».

représente des contraintes concurrentielles comparables mais à travers de mécanismes différents. La substitution de la demande fournit une discipline immédiate et efficace vis-à-vis des entreprises tandis que celle de l'offre produit un effet direct sur la demande à laquelle les entreprises sont confrontées et modifiera donc leur comportement. L'une et l'autre constituent deux composantes les plus essentielles de l'analyse du comportement des entreprises ainsi que les effets d'un tel comportement sur la concurrence. Il en résulte donc que le marché sur lequel les entreprises sont en mesure d'appliquer leur comportement doit être défini par référence tant à la demande qu'à l'offre. L'optique économique a été retenue par la Cour de Justice mais les arrêts n'ont toutefois pas eu un retentissement direct sur la pratique. En effet, la Commission européenne opère l'analyse de la substituabilité en priorité du côté de la demande. La substituabilité de l'offre n'est prise en compte que lorsque ses effets sont équivalents à ceux de la substituabilité de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. Mais même si lorsqu'elle est prise en considération, la manière dont la Commission l'interprète dans la pratique n'est pas claire quand les effets de substitution de l'offre peuvent être assimilés à ceux de la substitution de la demande. Cette approche de la Commission semble aller à l'encontre du but de la délimitation du marché pertinent qui doit être de déterminer l'ensemble des contraintes qui empêchent une entreprise d'exercer un pouvoir de marché. De notre point de vue, la bonne approche devrait considérer ce principe de la substituabilité de l'offre de manière aussi systématique que celui de la demande en vue de délimiter le marché pertinent. La mise en œuvre de cette analyse n'est pas sans difficulté. Les développements que nous exposerons plus loin montreront cependant que les difficultés ne sont pas insurmontables et qu'elles ne justifient pas le rejet de la prise en compte systématique de la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché.

853. Transition. Considérant comme étant le principe primaire de la délimitation du marché, la Commission européenne a recours aux différentes méthodes pour analyser la substituabilité de la demande. À cet égard, on constate une évolution importante des méthodes utilisées depuis ses premières décisions jusqu'à présent. C'est ce qu'il convient d'examiner à présent.

Section 2. L'évolution des méthodes d'analyse

854. Selon la théorie de la concurrence imparfaite, il était entendu que pour appartenir à un même marché, les produits n'ont pas besoin d'être parfaitement substituables, ne doivent pas

forcément présenter des caractéristiques identiques et n'ont pas à avoir des prix identiques¹¹⁸⁸. Mais, faute d'une méthode rigoureuse, l'analyse de la substituabilité se limitait à la description des caractéristiques des produits ou services. Jusqu'aux années 1970, des travaux élaborant une méthode scientifique d'évaluation de la substituabilité en fonction des caractéristiques des produits ont attiré l'attention des économistes. Ceux-ci, qui, pendant longtemps se sont désintéressés de la question de la délimitation du marché pertinent, ont tenté de délimiter le marché à partir de données existantes sur le marché et de l'observation des mouvements de prix. Au fil des ans, la théorie économique évolue, en parallèle avec les comportements d'entreprises et les transactions qui deviennent de plus en plus sophistiqués. S'appuyant sur les progrès de la littérature académique et politique, l'éventail des techniques économiques dédiées à la délimitation du marché s'est rapidement élargi au cours des trois dernières décennies. On assiste même à un mouvement de certains économistes qui a été de chercher les moyens de se dispenser de cette étape en évaluant directement des effets anticoncurrentiels. Si une évolution aussi importante est acceptée par principe aux États-Unis, sa mise en œuvre n'a pas vu le jour. En Europe, il existe aujourd'hui un corpus de connaissances accumulées en ce qui concerne les analyses quantitatives dans la détermination des contours du marché. Celle-ci étant spécifiquement fondée sur les faits, la méthode appropriée dans un cas donné dépendra en grande partie de la manière dont la concurrence fonctionne dans l'industrie mais aussi de la disponibilité des données. Avant d'examiner les techniques quantitatives les plus largement employées par la Commission européenne (§2), il est utile de déceler tout d'abord la méthode qualitative à laquelle elle a eu recours en tout premier lieu (§1).

§1. La méthode qualitative

855. La lecture de la jurisprudence fait apparaître qu'il n'est probablement pas nécessaire de procéder aux analyses complexes du marché pour parvenir à la conclusion que deux produits sont ou non substituables. Si de telles analyses étaient obligatoires, cela signifie qu'il faudrait effectuer un travail énorme dans chaque affaire pour vérifier toutes les possibilités, ce qui est impossible avec les ressources de la plupart des autorités, même celles actuelles de la Commission européenne. Dans la pratique, nous pouvons limiter l'ensemble des possibilités de substitution à celles qui sont plausibles avec une évaluation qualitative. Cette approche

¹¹⁸⁸ J. ROBINSON, *Economics of Imperfect Competition*, London, McMillan, 2^e éd., 1966, p. 17.

s'intéresse à appréhender les produits ou services en soi de façon objective (A). Elle offre des avantages en termes de rationalité¹¹⁸⁹ et de réalisme¹¹⁹⁰ mais avec la simplification de l'analyse, elle n'échappe pourtant pas aux limites quant à l'appréciation des preuves (B).

A. Le fondement de la méthode qualitative

856. En général, la méthode qualitative s'intéresse aux objets pour déterminer le comportement du sujet en relation avec eux. En Europe, cette approche fait un large usage dans l'évaluation de la substituabilité par la Commission ainsi que par les juges européens. Il convient donc de décrire le fondement de la méthode (1) avant de montrer son application aux fins de la délimitation du marché en droit de la concurrence (2).

1. Le fondement de la méthode

857. Avant que toutes les méthodes basées sur les prix aient été introduites dans le droit de la concurrence aux fins de délimiter le marché pertinent, une méthode fondée sur la description des caractéristiques des produits ou services a été largement appliquée. Elle constitue en fait le point de départ de tout exercice de délimitation du marché¹¹⁹¹. Cette qualification garde toute sa validité dans la pratique actuelle des autorités de concurrence.

858. La méthode a été proposée par l'économiste LANCASTER dans ses travaux sur la théorie du consommateur¹¹⁹². L'auteur a introduit l'idée selon laquelle les biens sont consommés en fonction de leurs caractéristiques et qu'ils sont l'objet de la préférence ou de l'utilité des consommateurs, le nombre de caractéristiques étant supérieur, égal ou inférieur à celui des biens disponibles pour le consommateur. Il est supposé que les caractéristiques d'un bien ou d'une combinaison de biens soient objectives et aussi identiques pour tous les consommateurs. Tout

¹¹⁸⁹ Selon P. DIDIER et Ph. DIDIER, l'approche correspond à la démarche rationnelle d'analyse de la substituabilité du point de vue des consommateurs. V. P. DIDIER & Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Paris, Economica, 2006, n° 629, p. 524.

¹¹⁹⁰ La méthode correspond à la pratique des entreprises pour lesquelles la différenciation de produits portant sur les caractéristiques constitue un complément stratégique. En ce sens, voir Alain BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, Paris, Economica, 1998, p. 358. Pour la stratégie de différenciation de produits, v. *supra*, n° 343.

¹¹⁹¹ P. DAVIS & E. GARCES, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 166.

¹¹⁹² K. J. LANCASTER, « A New Approach to Consumer Theory », *Journal of Political Economy*, vol. 74, n° 2, 1966, p. 132-157; K. J. LANCASTER, « Change and Innovation in the Technology of Consumption », *The American Economic Review*, vol. 56, n° 1/2, 1966, p. 14-23; K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, New York & London, Columbia University Press, 1971. V. également K. J. LANCASTER, « Socially Optimal Product Differentiation », *American Economic Review*, 1975, p. 99-122 ; K. J. LANCASTER, *Variety, Equity and Efficiency*, Columbia Studies in Economics No. 10, New York and Guildford, Columbia University Press, 1979.

produit contient la même quantité d'une caractéristique pour tous les consommateurs, mais chaque consommateur peut tirer un niveau d'utilité différent de la consommation de ces caractéristiques¹¹⁹³. Ainsi, la demande de bien ne s'intéresse plus au bien en tant que tel, mais à un ensemble de caractéristiques¹¹⁹⁴. Par conséquent, la sélection objective d'un ensemble « efficient » de biens (ou produits) s'effectue par l'intermédiaire d'un classement portant sur les caractéristiques dont sont dotés les biens¹¹⁹⁵. Partant de cette idée, LANCASTER a proposé une méthode de regroupement des produits suivant leur « *caractéristiques pertinentes* ». Selon l'auteur, une caractéristique est pertinente si l'ignorance de son existence conduit à des prédictions différentes sur le choix ou la commande des biens par les consommateurs¹¹⁹⁶. Il estime que dans n'importe quelle situation, les caractéristiques ont une double relation. D'une part, elles sont liées techniquement aux biens par la technologie de la consommation et, d'autre part, à la personne par les préférences individuelles¹¹⁹⁷. En supposant qu'une caractéristique donne la même utilité quel que soit le produit, qu'elle soit linéaire et additive¹¹⁹⁸, et qu'elle possède d'une utilité marginale positive¹¹⁹⁹, la frontière d'efficience des choix possibles de caractéristiques, selon les termes de l'auteur, est l'ensemble des consommations optimales possibles eu égard à la technologie de la consommation, aux prix de la consommation et au revenu du consommateur¹²⁰⁰. En effet, face à une technologie donnée de la consommation, le consommateur retient, pour une dépense donnée, les consommations constitutives de la frontière d'efficience et élimine les autres consommations possibles. Ce choix d'efficience est affecté par des variations de prix relatifs des biens. Après avoir déterminé la frontière d'efficience, le consommateur effectue un second choix qui consiste à retenir le panier de biens situé sur la frontière d'efficience. L'ensemble de biens ainsi défini forme un marché.

859. L'un des avantages de cette approche consiste dans la capacité de rendre compte de l'apparition de nouveaux produits sur le marché sans avoir à changer les fonctions d'utilité. En

¹¹⁹³ K.. J. LANCASTER, « A New Approach to Consumer Theory », 1966, *op. cit.*, p. 134; K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, 1971, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁹⁴ Dans la construction de son modèle d'analyse, l'auteur considère la consommation comme une activité dans laquelle les *inputs* sont assimilés à des biens et l'*output* à un ensemble de caractéristiques.

¹¹⁹⁵ Le classement portant sur les caractéristiques est, lui, en fonction des préférences nécessairement subjectives des consommateurs.

¹¹⁹⁶ K.. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, 1971, *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁹⁷ *Id.*, p. 141.

¹¹⁹⁸ K.. J. LANCASTER, « Change and Innovation in the Technology of Consumption », 1966, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁹⁹ K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, *op. cit.*, p. 98.

¹²⁰⁰ K.. J. LANCASTER, p. 99.

effet, l'approche met l'accent sur le fait que l'introduction d'un nouveau produit représente l'ajout d'une nouvelle activité à la « technologie de consommation » dont on peut analyser les effets sur les prix et sur la demande des consommateurs¹²⁰¹ et par conséquent, les produits ne faisant pas appel aux mêmes technologies de production peuvent faire partie d'un même marché¹²⁰². Par ailleurs, la distinction entre les propriétés objectives, c.à.d. les caractéristiques des produits et les propriétés des préférences des consommateurs pour les produits, permet de juger du succès d'un consommateur à maximiser sa propre utilité sans devoir connaître ses préférences. Il est alors possible d'en tirer des conclusions sur le comportement des consommateurs.

860. La méthode proposée par LANCASTER, également appelé modèle des caractéristiques, analyse alors la demande en se basant sur les caractéristiques ou les attributs qui caractérisent le produit, celle que l'auteur préconise d'utiliser pour mettre en évidence de la substituabilité entre produits.

861. Dans leur pratique décisionnelle dans les premières années de la naissance du droit de la concurrence, les autorités de concurrence ont recours très largement à cette analyse des caractéristiques des produits pour apprécier la substituabilité du côté de la demande.

2. L'usage de la méthode qualitative

862. La méthode qui procède de l'observation concrète des propriétés intrinsèques des produits est donc purement qualitative. Elle a été largement adoptée par les autorités européennes pour dégager les critères de substitution (a). La description des caractéristiques est en effet, en droit européen, orientée essentiellement vers la recherche des critères de similarités ou de différences entre les produits ou services¹²⁰³ qui déterminent le choix des demandeurs. En droit vietnamien, cette méthode qualitative est actuellement la plus évoquée dans les textes de concurrence par les autorités vietnamiennes (b).

¹²⁰¹ K. J. LANCASTER, « A New Approach to Consumer Theory », *op. cit.*, p. 149.

¹²⁰² RATCHFORD estime que le concept de LANCASTER selon lequel un groupe de biens partageant des caractéristiques communes fournit une définition d'une industrie, voir Brian T. RATCHFORD, « Operationalizing Economic Model of Demand for Product Characteristics », *Journal of Consumer Research*, vol. 6, n° 1, 1979, p. 76-85, spéc. p. 78.

¹²⁰³ XXII^e Rapport sur la politique de concurrence des Communautés européennes pour 1992, p. 53.

a. En droit européen

863. La méthode qualitative a été la plus utilisée en droit européen de la concurrence dans les années 1970. En effet, la CJCE repose, une grande partie du temps, sa délimitation du marché sur l'examen et la comparaison des caractéristiques des produits. Dans son arrêt *Continental Can*, elle stipule que les possibilités de concurrence ne peuvent être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits¹²⁰⁴. Dans certains de ses arrêts¹²⁰⁵, une analyse des caractéristiques techniques et physiques est même suffisante à écarter toute autre possibilité de substitution. Il s'agit souvent du cas des marchés pharmaceutiques où la différence des composants nutritifs, des caractéristiques physiques ainsi que des modes de transformation des substances limite les possibilités de substitution entre médicaments.

864. La lecture des décisions de la Commission européenne montre également que l'examen des propriétés intrinsèques des produits constitue le point de départ dans son appréciation de l'étendue du marché des produits en cause et qu'il fait généralement partie du raisonnement de la Commission dans la plupart de ses décisions. La Commission indique expressément par ailleurs dans sa communication sur la définition du marché en cause que l'analyse des caractéristiques du produit et de l'usage auquel il est destiné constitue la première étape de son exercice¹²⁰⁶. En effet, dans sa pratique de délimitation du marché, la Commission tient compte en tout premier lieu de la nature et de la fonction du produit pour déterminer la « zone » dans laquelle les possibilités de substitution entre produits sont plausibles¹²⁰⁷. Ces évaluations qualitatives lui permettent d'autre part d'éviter de vérifier toutes les possibilités dans chaque affaire, ce qui est un travail énorme et impossible de réaliser même avec les ressources actuelles de la Commission.

865. Il convient de souligner que la description des caractéristiques n'est pas mise en application pour évaluer seulement la substituabilité au niveau de la demande mais aussi pour

¹²⁰⁴ Arrêt de la CJCE du 21 fév. 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can c./Commission*, C-6/72, *op. cit.*, attendu 32.

¹²⁰⁵ V. *infra*, n° 1047 et s.

¹²⁰⁶ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 36.

¹²⁰⁷ V. *infra*, n° 1047, 1067 et s.

cerner les contours du marché géographique en cause. Les autorités européennes s'appuient également parfois sur cet aspect descriptif pour évaluer la substituabilité du côté de l'offre.

866. Aujourd'hui, l'évolution du comportement des entreprises et la complexité des transactions rendent la délimitation du marché pertinent beaucoup plus sophistiquée. Dans ce contexte, l'évaluation qualitative de diverses caractéristiques des produits et des usages auxquels les consommateurs les destinent demeure toujours utile bien qu'elle soit souvent complétée par des évaluations quantitatives.

867. Par rapport au droit européen, la méthode qualitative occupe une place beaucoup plus importante dans la délimitation du marché pertinent en droit vietnamien de la concurrence. Cela peut s'expliquer par le fait que les méthodes quantitatives ne sont pas visées en droit vietnamien.

b. En droit vietnamien

868. Il est énoncé dans le décret 116/2005/NĐ-CP que « *sont considérés comme substituables au point de vue de leurs caractéristiques des produits ou services possédant de mêmes caractéristiques physiques et chimiques et de mêmes influences supplémentaires aux utilisateurs*¹²⁰⁸ » et que « *sont considérés comme substituables au point de vue de leur usage des produits ou services possédant le même usage*¹²⁰⁹ ». Il résulte de ces termes que d'une part, les caractéristiques physiques propres des produits sont celles relatives principalement à la nature intrinsèque des biens qui sont généralement perçues de la même façon par tous les consommateurs. D'autre part, la détermination de la substituabilité au point de vue des caractéristiques ne saurait suffire à rendre substituables deux produits, encore faut-il qu'ils se prêtent à la même utilisation.

869. En réalité, la détermination de la même manière d'usage des produits par les utilisateurs n'est pas toujours faite de façon facile, notamment des produits ayant plusieurs utilités et utilisés pour différents besoins. Par exemple, le riz usiné est utilisé pour la consommation par la plupart des consommateurs mais aussi pour les aliments des animaux ou la fabrication de l'alcool par certains autres. L'utilité des produits ou services est alors « *déterminée en se basant sur l'utilité la plus essentielle du produit ou du service*¹²¹⁰ ». À cet égard, la substituabilité entre produits est

¹²⁰⁸ Décret n° 116/2005/NĐ-CP préc., article 4 §5a.

¹²⁰⁹ *Id.*, article 4 §5b.

¹²¹⁰ *Id.*, article 4 §3.

mise en évidence en droit vietnamien par la mise en application du concept des « caractéristiques pertinents » préconisé par LANCASTER. Cette approche est reprise dans le nouveau décret du gouvernement relatif à l'application précise de certaines dispositions de la loi de la concurrence révisée en 2018¹²¹¹. Il est important de souligner que ni la loi de la concurrence ni le décret ne vise une analyse quantitative en vue de l'appréciation de la substituabilité entre produits. Par conséquent, dans le contexte où d'une part les preuves économiques ne sont pas encore juridiquement reconnues dans le traitement des affaires de concurrence au Vietnam¹²¹² et, d'autre part, les autorités de la concurrence ne disposent pas de capacité adéquate à utiliser ces preuves, l'analyse qualitative joue un rôle crucial pour délimiter les contours du marché pertinent.

870. Conclusion du 2. La détermination des caractéristiques des produits a été fréquemment utilisée dans la jurisprudence de la CJCE pour grouper les produits similaires au sein d'un même marché. Elle constitue le point de départ de tout exercice de délimitation du marché des autorités européennes de la concurrence. Cette approche est toujours valable dans leur pratique actuelle. En droit vietnamien, l'analyse des caractéristiques du produit et l'usage auquel il est destiné constitue non seulement le point de départ mais aussi l'outil principal de la délimitation du marché.

871. Conclusion du A. Le fait qu'un économiste a développé une méthode d'analyse qualitative fait apparaître que l'évaluation qualitative n'est pas ignorée par l'analyse économique. La proposition de LANCASTER se base sur le principe selon lequel les préférences des consommateurs envers tel ou tel produit disponible ne sont que dérivées de caractéristiques objectives dont le produit est doté. Par conséquent, l'auteur préconise de regrouper les produits au sein d'un même marché suivant leurs « *caractéristiques pertinents* ». Cette méthode développée dans les années 1960 et 1970 a été largement adoptée par les autorités européennes de la concurrence. La délimitation du marché suivant la nature et la fonction du produit trouve ses fondements dans la jurisprudence de la CJCE, dans son application de l'article 86 du Traité de Rome relatif à l'abus de position dominante. Depuis lors, l'analyse des propriétés intrinsèques du produit constitue un point de départ dans l'appréciation de l'étendue du marché en cause et fait partie du raisonnement de la Commission européenne ainsi que des juges dans la plupart de

¹²¹¹ Projet de décret, préc., article 4.

¹²¹² En ce sens, voir Duy Binh LE & Anh Duong NGUYEN, « Use of Economic Evidence – Experience from APEC Members and Implications to APEC Developing Economies and Viet Nam », APEC Economic Committee, March 2018.

leurs décisions et arrêts. En droit vietnamien, il ressort des textes juridiques que le raisonnement d'une définition large ou étroite du marché n'est justifié que par une analyse qualitative.

872. Transition. Si la méthode qualitative proposée par LANCASTER apparaît conceptuellement rigoureuse, elle présente cependant des difficultés pratiques quant à l'appréciation de preuve de substituabilité entre produits.

B. Les limites de la méthode qualitative

873. L'approche de LANCASTER propose tout d'abord de définir la frontière d'efficience des choix des consommateurs, puis de vérifier que le choix ultime se situe sur cette frontière. La mise en œuvre empirique de ces démarches soulève des problèmes qui font l'objet de vives critiques. Ces démarches ne sont pas utilisables sur le plan opérationnel dans l'analyse économique des situations réelles de la demande sur le marché.

874. Premièrement, la définition de la frontière d'efficience exige l'identification des caractéristiques pertinentes. Il s'agit d'un problème majeur que l'auteur lui-même doit reconnaître¹²¹³. L'auteur définit la frontière d'efficience en considérant un ensemble de caractéristiques communément contenues dans certains biens sous contrainte budgétaire. Il argumente qu'avec un certain budget donné, le consommateur achètera les biens ou une combinaison de biens qui lui permettent d'obtenir de plus grandes quantités des caractéristiques fixées que d'autres (contenant des caractéristiques qui n'influencent pas leur choix de consommation). En fait, cet argument repose sur l'hypothèse que l'utilité marginale des caractéristiques pourrait ne jamais être négative. Une telle hypothèse de non-négativité (ou de non-satiété) de l'utilité marginale est une hypothèse très restrictive qui transcende celle que l'utilité marginale d'un bien est toujours positive¹²¹⁴. Il néglige donc le cas où l'effet d'une caractéristique positif devient négatif par la surconsommation. À titre d'exemple, un certain niveau de vitamine A est vital pour l'être humain. Cependant, à partir d'un certain niveau de consommation, l'effet d'une unité supplémentaire de vitamine A sur la santé n'est plus positif (elle devenant toxique). Bien que l'utilité marginale d'un bien puisse être élevée ou même

¹²¹³ K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, 1971, *op. cit.*, p. 115: « *Our fundamental operational problem is determining the relevant characteristics for choice* ». Il estime que les avantages de son modèle sont élevés lorsque le nombre de caractéristiques pertinentes est relativement faible, *op. cit.*, p. 140.

¹²¹⁴ R. HENDLER, « Lancaster's New Approach to Consumer Demand and Its Limitations », *The American Economic Review*, vol. 65, n° 1, 1975, p. 194-199, spéc. p. 195.

croissante, certaines de ses caractéristiques peuvent être source de désutilité. Pourtant, il est difficile de concevoir des biens qui ne possèdent pas de caractéristiques d'utilité marginale négative mais qui donne pourtant une utilité marginale positive nette au consommateur. Si l'hypothèse n'est pas satisfaite, il est impossible de juger de l'efficacité du choix d'un consommateur sans connaître ses préférences. L'auteur reconnaît explicitement ce problème¹²¹⁵. Cette hypothèse de non-négativité de l'utilité marginale limite donc considérablement l'applicabilité de son modèle.

875. Deuxièmement, le modèle vise à maximiser la quantité de caractéristiques avec une contrainte budgétaire. Certains auteurs ont remis en question l'hypothèse selon laquelle l'utilité soit indépendante de la distribution des caractéristiques entre les produits¹²¹⁶. En d'autres termes, l'utilité dépend de la qualité totale d'une caractéristique consommée et n'est pas affectée par le degré de concentration ou dans quel produit elle est consommée¹²¹⁷. Mais en réalité, les consommateurs se soucient de la distribution de chaque caractéristique par unité de consommation. La caractéristique par unité de consommation diffère d'un bien à l'autre et dépend du goût subjectif du consommateur. L'utilité de la plupart des biens et de la plupart des caractéristiques dépend du degré de concentration et pas seulement de leur montant total¹²¹⁸.

876. Troisièmement, le modèle de LANCASTER repose sur une autre hypothèse selon laquelle la technologie de la consommation liée aux caractéristiques des biens est linéaire¹²¹⁹.

¹²¹⁵ K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, *op. cit.*, p. 98. L'auteur propose de remédier le problème par l'introduction d'un coefficient négative comme un input dans la matrice de la technologie de consommation et considère que « *there is no need to distinguish between a characteristic as an input into an activity, and as negative output from that activity* ». Plusieurs auteurs considèrent toutefois qu'il s'agit d'un défaut important du modèle. Voir R. HENDLER, « Lancaster's New Approach to Consumer Demand and Its Limitations », *The American Economic Review*, 1975, *op. cit.*; G. W. LADD & M. ZOBEL, « Model of Consumer Reaction to Product Characteristics », *Journal of Consumer Research*, vol. 4, n° 2, 1977, p. 89-101; B. T. RATCHFORD, « Operationalizing Economic Model of Demand for Product Characteristics », *Journal of Consumer Research*, 1979, *op. cit.*

¹²¹⁶ R. HENDLER, « Lancaster's New Approach to Consumer Demand and Its Limitations », *The American Economic Review*, 1975, *op. cit.*, p. 197; R. E. B. LUCAS, « Hedonic Price Functions », *Economic Inquiry*, vol. 13, issue 2, 1975, p. 157-178, spéc. p. 176. LUCAS estime qu'il s'agit d'aspect le plus faible de la théorie de LANCASTER.

¹²¹⁷ Reprenons l'exemple de HENDLER, *op. cit.*, un steak rare et froid avec deux unités d'épices et un steak très chaud bien cuit sans épices devraient donner la même satisfaction que deux steaks chauds mi-cuits contenant chacun une unité d'épices. Ou bien conduire une heure dans une voiture inconfortable (ou dangereuse) et une heure dans une voiture très confortable (ou sûre) donne la même utilité que conduire deux heures dans une voiture modérément confortable (ou sûre), à condition que le montant total de chaque caractéristique soit le même.

¹²¹⁸ R. HENDLER, « Lancaster's New Approach to Consumer Demand and Its Limitations », *The American Economic Review*, 1975, *op. cit.*, spéc. p. 198.

¹²¹⁹ K. J. LANCASTER, « Change and Innovation in the Technology of Consumption », 1966, *op. cit.*, p. 16.

Cela signifie que x fois plus du produit consommé produit x fois plus de la caractéristique¹²²⁰. Le problème principal de cette hypothèse réside dans le fait qu'elle implique un produit infiniment divisible, ce qui est extrêmement rare dans la pratique¹²²¹. LUCAS a bien souligné ce problème¹²²². Par ailleurs, la technologie de la consommation linéaire est critiquée pour ne pas être adaptée aux caractéristiques qualitatives, car celles-ci ne varient pas nécessairement proportionnellement par rapport à la quantité de produits¹²²³. Autrement dit, les coefficients d'input-output peuvent ne pas être constants. De plus, une technologie de la consommation linéaire se traduirait par des prix implicites constants. En ce qui concerne les coefficients d'input-output qui indiquent la quantité des caractéristiques contenues dans une unité de bien, précisément dans une unité d'aliment, CHERN *et al.*¹²²⁴ notent qu'il n'est pas approprié de supposer des coefficients d'input-output fixes pour toutes les caractéristiques. Au contraire, les caractéristiques peuvent également être influencées par le capital humain, par exemple, et ne sont donc pas données de manière exogène.

877. D'un point de vue comportemental des consommateurs, le modèle de LANCASTER est critiqué pour l'hypothèse d'objectivité des caractéristiques¹²²⁵. En effet, initialement soulevée par RATCHFORD, avec cette hypothèse, le modèle ignore le processus de perception, c.à.d. la perception des caractéristiques par le consommateur¹²²⁶. Dans la pratique, les caractéristiques perçues des produits peuvent très bien différer de leurs physiques et certaines dimensions

¹²²⁰ Par exemple, un consommateur obtient 907 mg de calcium en consommant 2 litres de lait entier contenant 320 mg de calcium par litre et 100 grammes de saucisse de porc fumée contenant 267 mg de calcium, ou bien 1 litre de lait entier et 219 grammes de saucisse de porc fumée.

¹²²¹ L'hypothèse ne peut être satisfaite en ce qui concerne des produits comme les automobiles ou même les produits vendus au kilogramme. En ce sens, v. B. T. RATCHFORD, « Operationalizing Economic Model of Demand for Product Characteristics », *Journal of Consumer Research*, 1979, *op. cit.*, p. 77; S. ROSEN, « Hedonic Prices and Implicit Markets: Product Differentiation in Pure Competition », *Journal of Political Economy*, vol. 82, n° 1, p. 34-55.

¹²²² R. E. B. LUCAS, « Hedonic Price Functions », *Economic Inquiry*, 1975, *op. cit.*

¹²²³ M. BROCKMEIER, *Ökonomische Analyse der Nahrungsmittelqualität*, Wissenschaftsverlag Vauk, 1993, p. 20.

¹²²⁴ W. S. CHERN & K. RICKERTSEN, *Health, Nutrition and Food Demand*, CABI, 2003, p. 18.

¹²²⁵ K. J. LANCASTER, *Consumer Demand: A New Approach*, 1971, *op. cit.*, p. 114-115: « *The relevant characteristics should be defined not in terms of people's reactions to the good, but rather in terms of objective measurement* ».

¹²²⁶ B. T. RATCHFORD, « The New Economic Theory of Consumer Behavior: An Interpretive Essay », *Journal of Consumer Research*, vol. 2, n° 2, 1975, p. 65-75, spéc. p. 67. Certains auteurs partagent ce point de vue, voir F. M. NICOSIA, « Toward an Empirical Theory of Consumer Behavior on the Economics of Goods-Characteristics », *Journal of Marketing Research*, vol. 11, n° 1, 1974, p. 115-118, spéc. p. 116; Yves SIMON, « La Nouvelle Théorie de la Demande: Un Panorama », *Vie et Sciences Économiques*, 1976, p. 15; J. R. HAUSER & P. SIMMIE, « Profit Maximizing Perceptual Positions: An Integrated Theory for the Selection of Product Features and Prices », *Management Science*, vol. 27, n° 1, 1981, p. 33-56, spéc. p. 36.

perceptuelles sont davantage le résultat d'indices socio-psychologiques produits par la publicité, l'éducation des consommateurs et le bouche à oreille que des propriétés physiques des produits. Lorsque les perceptions individuelles, qui manifestent la fonction d'utilité des individus, particulièrement dans le cas des produits de marques, sont établies par un processus aléatoire plutôt que par une relation fonctionnelle avec des caractéristiques objectives, il serait impossible de former la fonction d'utilité et de prédire comment les individus réagiraient aux changements dans les caractéristiques objectives des différentes marques¹²²⁷. Dans de tels cas, le modèle de LANCASTER est inapplicable.

878. Par ailleurs, il convient de souligner que les caractéristiques pertinentes ne sont pas toujours des questions de degré. Dans l'affaire de *Microsoft*, c'est la présence ou l'absence de lecteur média dans le système d'exploitation pour PC Windows qui est au cœur du problème de la vente liée pour laquelle Microsoft a été sanctionnée par la Commission européenne¹²²⁸.

879. Dernièrement, en dehors des problèmes de mise en œuvre, il faut admettre que la méthode qualitative peut présenter des défaillances. En effet, la méthode s'appuyant uniquement sur les caractéristiques des produits s'avère trop simple et pourrait conduire à la considération de deux extrêmes : soit les produits de toutes les variétés sont considérés comme substituables et le marché pertinent couvre tous ces produits, soit chaque produit constitue un marché distinct.

880. Conclusion du B. La méthode fondée sur les caractéristiques des produits de LANCASTER repose, *inter alia*, sur trois hypothèses principales qui sont estimées trop restrictives par les économistes pour pouvoir fournir une analyse satisfaisante de la substitution des produits. L'hypothèse de non-négativité de l'utilité marginale n'est satisfaite que s'il est possible de déterminer la mesure dans laquelle l'utilité d'une caractéristique est considérée comme positive ou négative. Pourtant, cela dépend de la fonction de préférence du consommateur. Une deuxième hypothèse concernant l'indépendance de l'utilité de la distribution des caractéristiques entre les produits implique que le consommateur est indifférent à la variété des biens pourvu que la quantité de caractéristiques désirée soit la même. Cette hypothèse *ceteris paribus* est trop restrictive pour être réaliste car elle n'est valide que si le consommateur obtient la quantité de

¹²²⁷ *Ibid.* En ce sens, v. également F. M. BASS, « The Theory of Stochastic Preference and Brand Switching », *Journal of Marketing Research*, vol. 11, n° 1, 1974, p. 1-20.

¹²²⁸ Décision de la Commission du 23 mars 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, JOUE L 32 du 6 fév. 2007, paras. 843 et s.

caractéristiques en consommant un seul bien et pas une combinaison de bien. La technologie linéaire de la consommation est l'hypothèse la plus critiquée car elle implique un produit infiniment divisible alors que les choix du monde réel n'impliquent généralement pas de combiner des quantités fractionnaires de divers biens dans un ensemble d'attributs désirés mais la sélection d'un bien parmi plusieurs alternatifs. En outre, la méthode est également critiquée par l'hypothèse d'objectivité des caractéristiques qui ne permet pas de prendre en compte de la perception individuelle des caractéristiques des consommateurs.

881. Conclusion du §1. En principe, la méthode qualitative s'intéresse d'abord aux objets de l'analyse étant les produits ou services et se limite à considérer leurs caractéristiques. Développée initialement par LANCASTER, elle souligne l'importance d'une relation fonctionnelle entre les prix des produits et les caractéristiques ainsi que l'existence de prix implicites qui déterminent la consommation des différentes caractéristiques. La notion d'un « panier de biens » développée fournit une définition d'une industrie¹²²⁹. La Commission européenne a recours largement à l'évaluation qualitative en tant que point de départ de l'analyse de concurrence et en tant que raisonnement dans ses décisions. Cette évaluation occupe une place primordiale en droit vietnamien de la concurrence. La méthode qualitative des caractéristiques pour apprécier la substitution des produits n'est cependant pas dispensée de limitations. D'une part, sa mise en œuvre exige que soient satisfaites des hypothèses extrêmement restrictives. D'autre part, elle ne permet pas de déterminer si deux produits dont les caractéristiques sont différentes peuvent néanmoins être considérés comme substituables pour les consommateurs. Ceci est particulièrement interpellant en ce qui concerne les produits ou services relevant des marchés dynamiques et innovant.

882. Transition. Des alternatives et des extensions ont été développées pour assouplir les hypothèses controversées du modèle de LANCASTER¹²³⁰. Malgré cela, une méthode d'analyse

¹²²⁹ B. T. RATCHFORD, « The New Economic Theory of Consumer Behavior : An Interpretive Essay », *op. cit.*, p. 74.

¹²³⁰ F. M. NICOSIA, « Toward an Empirical Theory of Consumer Behavior on the Economics of Goods-Characteristics », 1974, *op. cit.*; R. HENDLER, « Lancaster's New Approach to Consumer Demand and Its Limitations », 1975, *op. cit.*; B. T. RATCHFORD, « The New Economic Theory of Consumer Behavior: An Interpretive Essay », 1975, *op. cit.*; R. E. B. LUCAS, « Hedonic Price Functions », 1975, *op. cit.*; G. W. LADD & V. A. SUVANNUNT, « A Model of Consumer Goods Characteristics », *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 58, 1976, p. 504-510; G. W. LADD & M. B. MARTIN, « Prices and Demand for Input Characteristics », *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 58, 1976, p. 21-30; G. W. LADD & M. ZOBBER, « Model of Consumer Reaction to Product Characteristics », 1977, *op. cit.*; G. W. LADD & M. ZOBBER, « Comment », *Journal*

de la substituabilité fondée uniquement sur les caractéristiques fonctionnelles des produits n'est pas suffisamment fiable pour permettre de parvenir à l'inclusion ou à l'exclusion d'un produit dans un marché. Pour y être inclus, il faut encore que les produits soient suffisamment substituables pour exercer une pression concurrentielle sur le prix des uns et des autres. Pour cela, l'analyse qualitative devrait être complétée par des analyses quantitatives. Cela s'inscrit notamment dans le contexte où les cas litigieux et les affaires de grande importance exigent des analyses plus complexes et où l'évolution de la théorie économique permet d'élaborer au fil du temps plusieurs méthodes quantitatives consacrées à la délimitation du marché.

§2. Les méthodes quantitatives

883. Les méthodes quantitatives sont celles conçues pour tester une hypothèse formulée à partir de la théorie économique¹²³¹. Elle permet de décider si on peut accepter ou rejeter, avec un certain niveau de fiabilité, l'hypothèse que la valeur réelle d'un coefficient est différente d'une valeur estimée¹²³². Au fil du temps, les preuves empiriques sont devenues une part de plus en plus importante de l'évaluation par la Commission européenne de l'étendue du marché de produits en cause, en particulier en matière de contrôle des concentrations. Il existe un large éventail de méthodes quantitatives qui ont été utilisées comme moyen pour produire ou pour étayer des preuves du périmètre du marché en cause. Celles-ci peuvent varier des méthodes statistiques assez simples vers des modèles économétriques structurels avancés de la demande et de l'offre. Les développements qui suivent mettent l'accent sur les méthodes les plus largement utilisées et celles récemment avancées faisant l'objet de vives discussions. Nous les classons en trois grandes catégories : les tests statistiques de prix (A), les méthodes de mesure des contraintes de prix (B) et les autres techniques (C).

A. Les tests de prix statistiques

884. L'idée derrière les divers tests statistiques basés sur les prix est que les produits devraient être regroupés dans un marché unique si leurs prix évoluent dans le même sens. Les économistes ont alors élaboré plusieurs tests à partir de l'observation des mouvements de prix pour

of Consumer Research, vol. 6, 1979, p. 85-87; B. T. RATCHFORD, « Operationalizing Economic Model of Demand for Product Characteristics », 1979, *op. cit.*

¹²³¹ OFT, « Quantitative Techniques in Competition Analysis », *Research paper*, October 1999, p. 8.

¹²³² P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, préc., p. 119.

déterminer cette relation. Nous examinerons dans les analyses qui suivent les tests de prix les plus courants appliqués à ce jour par la Commission européenne, à savoir le test de corrélation (1), le test de stationnarité (2), le test du choc (3), l'analyse des niveaux de prix (4) et le test de Elzinga-Hogarty (5). Les tests qui ne sont pas fréquemment appliqués mais qui offrent néanmoins des contributions potentielles à l'appréciation concurrentielle, à savoir le test de causalité de Granger (6) et le test de co-intégration (7), seront également analysés.

1. Le test de corrélation

885. Le test de corrélation est une technique statistique utilisée pour mesurer le degré d'interdépendance entre les variables. Deux variables sont dites corrélées si la modification de l'une est associée à une modification de l'autre. Partant de ce principe, STIGLER et SHERWIN estiment que si les produits appartenaient au même marché, leurs prix évolueraient dans le même sens et avec la même intensité¹²³³. Le raisonnement économique qui sous-tend l'examen de l'évolution de prix est le suivant : une augmentation des prix dans une région, par exemple en raison d'une hausse des coûts ou de la demande dans cette région, entraînera, en cas de substitution, une augmentation des prix dans l'autre région, les entreprises de l'autre région augmentant leurs livraisons du produit dans la région initiale. Le même raisonnement est appliqué à la détermination de la substituabilité entre produits. STIGLER et SHERWIN ont alors proposé d'utiliser la corrélation des prix dans le temps pour délimiter le marché pertinent. Selon WERDEN et FROEB, les auteurs sont les premiers et les seuls à avoir affirmé que ce test constituait la meilleure méthode de la délimitation du marché¹²³⁴.

886. La mise en œuvre du test est basée sur des séries de prix observées des produits ou zones en question sur une certaine période de temps. Le degré de corrélation (c.à.d. la mesure dans laquelle leurs prix évoluent dans le même sens) est mesuré par le coefficient de corrélation qui est compris entre [-1 ; 1]. Lorsque le coefficient vaut 1, cela implique que les prix des produits évoluent dans le même sens et dans les mêmes proportions. Inversement, un coefficient qui se situe vers -1 indique qu'ils évoluent en sens inverse et dans les mêmes proportions. Un

¹²³³ G. J. STIGLER & R. A. SHERWIN, « The Extent of the Market », *Journal of Law and Economics*, vol. 28, n° 3, 1985, p. 555-585.

¹²³⁴ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, vol. 8, 1993, p. 329-353, spéc. p. 332.

coefficient de 0 signifie qu'ils évoluent de manière indépendante¹²³⁵ et les produits appartiennent donc des marchés distincts. Ainsi, plus le degré de corrélation est élevé, plus il est probable que les produits sont substituables et se trouvent donc sur le même marché pertinent.

887. Malgré la simplicité du test, l'analyse de corrélation n'est pas toujours simple. Elle soulève plusieurs problèmes inhérents qui nuisent à son efficacité et à sa fiabilité. Les analyses qui suivent considèrent trois grands problèmes du test¹²³⁶.

888. Premièrement, le problème le plus fondamental concerne la corrélation fallacieuse. Il y a corrélation fallacieuse lorsque la relation entre deux séries de prix n'est pas déterminée par une interaction concurrentielle entre les deux produits mais par des facteurs communs qui ne sont pas maintenus constants dans l'analyse¹²³⁷. Si un ou plusieurs des déterminants du prix de l'un des produits en cause affectent également le ou les autres produits étant en cours d'évaluation, les variations de ces déterminants affecteront le prix des deux produits et feront augmenter ainsi le degré de corrélation. Cette corrélation, qui n'est pas due à une véritable interaction concurrentielle, augmentera le degré de co-mouvement et faussera par conséquent les résultats de l'analyse tendant de conclure que les deux produits appartiennent au même marché en cause. Le problème a été reconnu par les auteurs même¹²³⁸. La résolution de ce problème nécessite généralement la spécification d'un modèle structurel dont l'évitement a été invoqué comme raison impérieuse de s'appuyer sur des corrélations de prix au lieu d'estimations de l'élasticité-prix croisée¹²³⁹.

889. Il existe plusieurs déterminants qui peuvent être la source de la corrélation fallacieuse mais ce sont les coûts communs et les influences communes qui en constituent des sources

¹²³⁵ Pour une illustration graphique, voir CRA International, *An Introduction to Quantitative Techniques in Competition Analysis*, 2003, p. 5.

¹²³⁶ Pour les critiques plus générales de l'utilisation du test, voir G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *op. cit.*; J. B. BAKER, « Why Price Correlations Do Not Define Antitrust Markets: On Econometric Algorithms For Market Definition », Federal Trade Commission, Bureau of Economics, *Working Paper n° 149*, January 1987; P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 169 et s.

¹²³⁷ M. E. SLADE, « Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products », *Journal of Industrial Economics*, vol. 34, n° 3, 1986, p. 291-303, spéc. p. 293; D. KASERMAN & H. ZEISEL, « Market Definition: Implementing the Department of Justice Merger Guidelines », *Antitrust Bulletin*, vol. 41, Issue 3, 1996, p.665-690.

¹²³⁸ G. J. STIGLER & R. A. SHERWIN, « The Extent of the Market », *op. cit.*, p. 572-573.

¹²³⁹ D. KASERMAN & H. ZEISEL, *op. cit.*, p. 673. Pour la méthode de l'élasticité-prix croisée, v. *infra*, n° 956.

principales¹²⁴⁰. Deux produits non identiques entre lesquels il n'existe pas de réelle concurrence peuvent présenter un degré élevé de corrélation simplement parce qu'ils sont produits par un intrant commun. Par exemple, les prix des céréales pour petit déjeuner Rice Krispies et du riz de la marque Taureau Ailé peuvent être fortement corrélés entre eux parce que leurs prix sont influencés par le prix commun du riz même s'ils n'appartiennent pas au même marché¹²⁴¹. Il est important de noter que l'impact des coûts communs est unidirectionnel, en ce sens que la présence de tout facteur de coût commun ne servira qu'à augmenter le degré de corrélation mesuré. Il n'est donc pas toujours nécessaire de contrôler les coûts communs pour parvenir à une conclusion sur la définition du marché. Le problème des coûts communs ne se pose que lorsqu'une simple corrélation des prix identifie un degré de co-mouvement suffisamment élevé pour suggérer, contre une référence choisie ou une opinion subjective, une perspective crédible que le ou les produits en question sont en concurrence sur le même marché pertinent¹²⁴². Dans de tels cas, il est nécessaire d'étendre l'analyse pour vérifier si la corrélation déterminée est robuste lorsque les coûts communs sont éliminés dans l'analyse¹²⁴³. Un degré élevé de corrélation peut également être généré par la saisonnalité des prix. Les prix des vêtements de ski et du marché de l'énergie ont tendance d'augmenter en hiver mais ils ne sont pas en concurrence. Ce serait donc absurde de les considérer comme se trouvant sur le même marché. Un autre facteur qui peut conduire à surestimer le degré de corrélation est l'inflation. L'inflation dans un pays a pour effet l'augmentation des prix de la plupart des produits. Cela fait que les produits sont corrélés dans une certaine mesure. Plus l'inflation est forte, plus le degré de corrélation entre produits est élevé. De même, les taux de change peuvent fausser la corrélation¹²⁴⁴.

890. Deuxièmement, alors qu'il est clair qu'un degré élevé de corrélation constitue la preuve de la substituabilité entre produits, la théorie économique ne fournit aucune indication quant au seuil à partir duquel un degré de corrélation est suffisamment élevé pour considérer que deux produits sont sur le même marché. Une solution alternative consiste à prendre comme seuil la

¹²⁴⁰ WERDEN & FROEB soutiennent que les corrélations de prix peuvent donner des résultats trompeurs en raison de la variation des coûts individuels, de la demande individuelle et du prix de l'autre produit. « Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *op. cit.*, p. 333 et s.

¹²⁴¹ En ce sens, v. D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, préc., p. 107-108; S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, préc., p. 492.

¹²⁴² D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *op. cit.*, p. 108-109.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ V. S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 519.

valeur de coefficient de corrélation de deux produits qui appartiennent *a priori* au même marché¹²⁴⁵. Cela signifie qu'il faut tout d'abord choisir deux produits du même secteur qui appartiennent à l'évidence au même marché et calculer le coefficient de corrélation entre eux. Celui-ci servira de seuil de référence pour estimer le degré de corrélation entre les produits en cause¹²⁴⁶. Toutefois, le recours à l'analyse comparative peut également être problématique car il suppose des jugements *a priori* qui ne sont pas toujours simples¹²⁴⁷. De plus, s'il est correct de considérer qu'une corrélation supérieure au niveau constaté entre des produits appartenant à l'évidence au même marché est compatible avec la concurrence, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'une corrélation entre produits en cause qui est inférieure au niveau de référence indique une absence de concurrence entre eux¹²⁴⁸. L'évaluation est donc délicate en raison de choix du seuil et pourrait être compromise si ce dernier était choisi de manière arbitraire¹²⁴⁹.

891. Troisièmement, l'existence de délais dans l'ajustement de la demande risque de minorer le degré de corrélation entre deux produits. En effet, il peut y avoir des retards dans le processus de réponse de la demande de sorte que le prix d'un produit ne réagit pas aux variations de l'autre dans le même laps de temps. Cela peut être en raison de la nature des contrats signés qui sont généralement négociés à des intervalles de temps discrets qui ne peuvent pas être synchronisés. Cela peut conduire à la conclusion qu'il existe une faible corrélation lorsque des données à court terme sont utilisées alors qu'en fait les deux séries de prix sont fortement corrélées si l'on les considère sur le long terme¹²⁵⁰. Il convient de souligner également que le test ne permet pas de prendre en compte les réactions des entreprises concurrentes, ce qui entraînerait à une interprétation erronée des résultats de la corrélation de prix¹²⁵¹.

¹²⁴⁵ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, *op. cit.*, p. 112. Pour l'application de cette solution dans la pratique, v. *infra*, n° 1132 et s.

¹²⁴⁶ V. *infra*, n° 1132 et s.

¹²⁴⁷ H. NEVO, *Definition of the Relevant Market: (Lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law*, *préc.*, p. 102.

¹²⁴⁸ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *op. cit.*, p. 113.

¹²⁴⁹ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 517.

¹²⁵⁰ D. KASERMAN & H. ZEISEL, « Market Definition : Implementing the Department of Justice Merger Guidelines », *op. cit.*, p. 673.

¹²⁵¹ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Correlation, Causality, and All that Jazz : The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *op. cit.*; S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 525.

892. Un autre problème de l'analyse de corrélation de prix consiste au fait que la corrélation n'implique pas une relation de cause à effet entre les deux produits. Le fait que deux séries de prix génèrent un coefficient de corrélation important ne signifie pas automatiquement que ces deux produits appartiennent au même marché en cause¹²⁵². À ceci s'y ajoute le cas d'une analyse portant sur la corrélation de volumes. Un degré de coefficient de corrélation peut signifier que les produits sont complémentaires et non substituables¹²⁵³.

893. Le test de corrélation est fréquemment utilisé dans l'analyse des concentrations par la Commission européenne¹²⁵⁴. La pertinence des preuves probantes sur les mouvements de prix aux fins de la délimitation du marché est par ailleurs explicitement reconnue dans la communication sur la définition du marché en cause¹²⁵⁵. Toutefois, la Commission est consciente des problèmes inhérents du test. Par conséquent, elle s'appuie également sur d'autres tests pour délimiter le marché. Comme certains auteurs l'ont dit, si la corrélation des prix peut fournir des informations utiles sur les frontières du marché économique, elle ne constitue pas une panacée au problème de la définition du marché en cause¹²⁵⁶.

2. Le test de stationnarité

894. Le test de stationnarité¹²⁵⁷ est une méthode liée étroitement à l'analyse de corrélation des prix et qui permet de contourner en partie les problèmes soulevés par cette dernière. Partant de l'idée que si deux produits appartiennent au même marché, il y a une limite à ce que leurs prix puissent diverger l'un de l'autre, FORNI a proposé ce test pour la délimitation du marché pertinent¹²⁵⁸.

895. Le test s'appuie étroitement sur le concept statistique de stationnarité. Le raisonnement est le suivant : si deux produits se trouvent sur le même marché, un choc qui fait augmenter le prix d'un produit par rapport à l'autre ne peut avoir que des effets transitoires. Lorsque les consommateurs commencent à se substituer au produit devenu plus cher, le prix de ce produit va diminuer et le prix de l'autre produit va augmenter, de sorte que le prix relatif revient à une

¹²⁵² *Id.*, p. 511.

¹²⁵³ V. *infra*, n° 1134.

¹²⁵⁴ V. *infra*, n° 1132 et s.

¹²⁵⁵ Communication sur la définition du marché en cause, *préc.*, pt. 45.

¹²⁵⁶ D. KASERMAN & H. ZEISEL, *op. cit.*, p. 674.

¹²⁵⁷ Il est également appelé Test de racine unitaire (*Unit Root Tests* en anglais).

¹²⁵⁸ M. FORNI, « Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition », *American Law and Economics Review*, vol. 6, n° 2, 2004, p. 441-464.

valeur d'équilibre à long terme. En revanche, si deux produits ne se trouvent pas sur le même marché, les chocs peuvent avoir un effet permanent sur le prix relatif, qui est alors qualifié de non stationnaire.

896. La Commission européenne a préconisé cette analyse comme alternative à l'analyse de corrélation des prix au motif qu'elle aborde les deux problèmes centraux de la corrélation des prix à savoir l'impact des coûts communs qui cause la corrélation fallacieuse et l'absence de seuil de corrélation¹²⁵⁹.

897. En ce qui concerne le premier, l'analyse de stationnarité permet d'éliminer les coûts communs et les influences communes qui affectent le prix des deux produits, puisque nous nous intéressons au ratio des prix. L'intuition consiste au fait que le prix relatif (c.à.d. le ratio des prix) de deux produits qui sont des substituts devrait être relativement constant au fil du temps, car ils seront confrontés à un ensemble commun de facteurs d'offre et de demande¹²⁶⁰.

898. En ce qui concerne le second, la présence de stationnarité peut faire l'objet d'une enquête formelle à l'aide de techniques de vérification d'hypothèses statistiques, ce qui évite d'avoir recours à des seuils arbitraires ou *ad hoc*¹²⁶¹. Une méthode statistique couramment utilisée pour évaluer la stationnarité est le test *Dickey-Fuller*¹²⁶². Ce test s'appuie sur la logique que la valeur d'une série non stationnaire reflète ses propres valeurs antérieures pour vérifier si un ensemble particulier de données présente une stationnarité. Ainsi, lorsque les données sont disponibles, la vérification de la stationnarité est simple. Il est à noter que les données requises à la mise en œuvre du test de stationnarité sont les mêmes que celle du test de corrélation.

899. Par ailleurs, puisque le test de stationnarité mesure également la rapidité avec laquelle le prix relatif revient vers une valeur constante, il permet donc de prendre en compte les délais de réaction dans l'ajustement des prix.

900. Dans la mise en œuvre du test, les ratios des prix pour les produits considérés, qui seront transformés en logarithmes, sont d'abord calculés. Puis, le test Dickey-Fuller est appliqué aux

¹²⁵⁹ V. *infra*, n° 1140.

¹²⁶⁰ K. HATZITASKOS, D. CARD & V. HOWELL, « Guidelines on Quantitative Techniques for Competition Analysis », prepared for the Regional Competition Center for Latin America, 2013, p. 25.

¹²⁶¹ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, *op. cit.*, p. 129.

¹²⁶² D. A. DICKEY & W. A. FULLER, « Distribution of the Estimator for Autoregressive Time Series With a Unit Root », *Journal of the American Statistical Association*, vol. 74, n° 336, 1979, p. 427-431.

prix relatifs. Si le test donne à penser que le prix relatif transformé en logarithme de deux produits n'est pas stationnaire, alors les deux produits sont considérés comme appartenant aux marchés de produits distincts. En revanche, si les ratios des prix transformés en logarithmes sont stationnaires, cela suggère que les produits constituent un marché de produit unique.

901. Le test de stationnarité s'avère plus robuste que le test de corrélation mais il n'est pas sans limites. Malgré sa capacité de réduire une partie du risque d'une évaluation erronée de la relation concurrentielle entre produits due à une corrélation fallacieuse et au choix arbitraire d'un seuil de corrélation, il conserve un risque important de fausse qualification. En effet, il est possible que le prix relatif de deux produits revienne vers une valeur à long terme, même si les deux produits ne sont pas en concurrence. Cela pourrait se produire si le prix de chacun des produits revenait à sa propre valeur à long terme, quel que soit l'autre produit¹²⁶³.

902. Le test de stationnarité a été reconnu par l'autorité anglaise de la concurrence lors de son examen du projet de fusion *Pan Fish ASA/Marine Harvest N.V.*¹²⁶⁴ – deux grandes entreprises d'élevage de saumons de l'Atlantique en Ecosse et en Norvège. Il s'agissait de déterminer les contours de marché du saumon en termes de produits et en termes géographiques. Les parties avait présenté à la fois des analyses de corrélation et de stationnarité pour suggérer un vaste marché de produits en cause. La *Competition Commission* n'a pas contesté ces analyses mais les a néanmoins jugées peu concluantes¹²⁶⁵. Elle a ainsi conclu que les tests de corrélation et de stationnarité sont généralement plus utiles en tant que méthodes permettant de jeter le doute sur le fait que deux produits se trouvent sur le même marché en cause qu'en tant que méthodes permettant de prouver que deux produits sont sur le même marché¹²⁶⁶.

¹²⁶³ V. également D. HOSKEN & C. T. TAYLOR, « Discussion of "Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition" », *American Law and Economics Review*, vol. 6, n° 2, 2004, p. 465-475.

¹²⁶⁴ OFT, « Pan Fish ASA and Marine harvest NV Merger Inquiry – Final Report », 18 December 2006.

¹²⁶⁵ *Id.*, para. 5.36: « However, while informative, neither the correlation test, nor the extent of co-movement in prices (stationarity) test can be viewed as definitive evidence of the existence of a relevant market. The prices of two products can be correlated overtime and yet the products do not belong to the same relevant market. Prices of products may move together for a number of reasons even when the products are not in the same market, for example spurious correlations may result from seasonal influences, common costs driving prices, or similar trends in the data for other reasons. The extent of price correlation also does not show how closely substitutable the products are ».

¹²⁶⁶ *Ibid.*

903. Cette méthode a joué un rôle important dans un certain nombre d'affaires dans lesquelles la Commission européenne s'y est appuyée en particulier pour établir l'existence de marchés géographiques étroits¹²⁶⁷.

904. Les tests de corrélation et de stationnarité reposent sur l'observation de l'effet des variations du prix d'une entreprise sur la décision de prix d'autres entreprises mais ils sont agnostiques quant à la source des mouvements initiaux des prix. Il existe une autre technique qui se concentre sur des événements précis qui influent sur le comportement des prix et de la fourniture de l'entreprise.

3. Le test du choc

905. Le test du choc est basé sur des expériences naturelles. Il consiste à analyser la réaction du prix d'autres produits suite à un choc exogène et non anticipé sur le prix d'un produit, celui qui fait l'objet de l'enquête. Lorsqu'un choc ou un changement important s'est produit, l'analyse va examiner si la réaction du marché est porteuse d'informations précieuses en ce qui concerne les contraintes concurrentielles sous-jacentes. Par exemple, une baisse soudaine et non anticipée du prix du produit A peut se répercuter sur le prix du produit B, sa quantité et celle du même produit A. Il est possible d'examiner simplement, suite à cette baisse observée, les changements subséquents dans la quantité de A et celle de B pour évaluer la substituabilité entre eux. Si la réaction à une baisse du prix de A est une forte augmentation de sa quantité et une forte diminution de celle de B, alors A et B sont des substituts du côté de la demande. Une même logique s'applique si le prix du produit A augmente soudainement. De cette manière, les chocs du marché peuvent donc éclairer l'évaluation de la façon dont les consommateurs et les entreprises pourraient réagir à un SSNIP¹²⁶⁸. Il convient de noter toutefois que de telles analyses ne peuvent être utilisées que dans les cas où un choc ou un changement important s'est produit et est observé.

906. Les chocs étudiés peuvent être de différente nature : arrivée d'un nouvel intrant, lancement d'un nouveau produit, fusion et acquisition, changement technologique, volatilité du taux de change, hausse brutale des coûts de production, intervention réglementaire ou grève, etc.

¹²⁶⁷ V. par exemple, décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*, JOUE C 96 du 25 avril 2009, para. 69.

¹²⁶⁸ D. GORE *et al.*, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, *op. cit.*, p. 134.

Toutefois, les trois formes de chocs les plus courantes sont l'entrée de nouveaux intrants ou produits, la panne d'approvisionnement et les variations des taux de change ou des droits d'importations.

907. En ce qui concerne la première forme de chocs, lorsqu'une nouvelle entreprise entre sur le marché ou qu'un nouveau produit y est introduit, il s'attend à ce que sa présence ait un effet négatif sur les ventes des entreprises existantes dont les produits sont en concurrence sur le même marché en cause. L'analyse consiste à établir les preuves de cet impact du choc en comparant la performance des entreprises en place avant et après l'événement d'entrée. Si un impact est constaté, cela prouve que le nouvel entrant ou le nouveau produit se trouve sur le même marché pertinent que les entreprises en place. En revanche, si aucun impact n'est constaté, cela peut signifier que le nouvel entrant ou le nouveau produit n'exerce pas de pression concurrentielle, ou au moins n'exerce pas de pressions concurrentielles significatives, sur les entreprises existantes et qu'il est donc peu probable qu'ils appartiennent au même marché. Cette logique s'applique à la fois à la délimitation du marché de produits et géographique en cause.

908. La même logique est utilisée pour la deuxième forme de chocs concernant la panne d'approvisionnement. La panne d'approvisionnement peut être due à des pannes d'équipements ou à des conflits de travail, ceux qui pourraient conduire au pire des cas à la fermeture d'usine. Tout cela affecte la capacité d'approvisionnement d'une entreprise. Par exemple, si une entreprise est obligée de fermer son usine, la fourniture assurée par cette entreprise sera supprimée. Il s'attend à ce que cet événement fasse disparaître la pression concurrentielle exercée par celle-ci et produise donc un impact positif sur d'autres entreprises. Ces dernières pouvant se voir augmenter leur vente et/ou augmenter leurs prix suite à la fermeture de l'usine de l'autre. L'analyse des pannes d'approvisionnement permet d'identifier l'ensemble des entreprises et des produits sur lesquels l'entreprise victime de la panne exerce une contrainte concurrentielle.

909. La dernière forme de chocs ne concerne pas la structure d'offre mais les variations exogènes dans les prix relatifs des produits sur un marché. Lorsque les variations appropriées du taux de change sont observées, elles peuvent donner lieu à une situation analogue à celle du test SSNIP¹²⁶⁹. En particulier, lorsque la monnaie d'un pays s'apprécie par rapport à celle d'un autre, cela réduit le coût pour les clients du premier pays d'importer des produits des producteurs du

¹²⁶⁹ D. GORE *et al.*, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, *op. cit.*, p. 137.

second. Cela équivaut, du point de vue de ces clients, à une augmentation du prix des producteurs domestiques. La réaction des entreprises et des clients à cette augmentation fournit donc une indication de la réaction à laquelle on pourrait s'attendre dans le cas d'un monopoleur hypothétique domestique qui tenterait d'exercer un pouvoir de marché¹²⁷⁰. L'analyse de cette forme de choc consiste aux réactions des entreprises domestiques face aux variations des taux de changes. Si, face à de telles situations, les entreprises domestiques se voient obligées de réduire leurs prix, cela peut constituer la preuve qu'elles sont en concurrence avec des entreprises de l'autre pays sur le même marché. En revanche, si elles sont capables de maintenir leurs prix et leur volume de vente, il est peu probable qu'elles soient concurrentes. Il importe de souligner qu'il est nécessaire que ces analyses prennent en considération des effets potentiels que les variations des taux de change produisent sur le coût des intrants car si les entreprises domestiques utilisent des intrants importés pour produire leur produits, il est possible que leur réduction de prix du produit ne provienne pas de pression concurrentielle exercée par des entreprises de l'autre pays.

910. L'analyse du choc est particulièrement pertinente pour la délimitation du marché dans le secteur financier où les événements apparaissent au fur et à mesure que l'information est diffusée sur le marché. Lors que l'information divulguée indique un changement dans la position concurrentielle d'une entreprise, elle entraînera un changement plus ou moins immédiat du cours de l'action de l'entreprise¹²⁷¹.

911. Lorsque l'analyse de choc est effectuée de manière correcte, elle peut fournir un outil utile car elle est à la fois simple à appliquer et souvent très instructive, ce qui en fait une technique puissante pour tester des hypothèses dans la définition du marché. La pertinence de cette technique a été confirmée par un ancien chef d'économiste de la DG COMP¹²⁷². Selon DAVIS et GARCÉS, l'analyse de choc est le moyen le plus simple de se faire une idée de

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ En ce sens, v. D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*, préc., p. 186.

¹²⁷² L.-H. ROELLER & Oliver STEHMANN, « The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach », *Review of Industrial Organization*, vol. 29, 2006, p. 281-304, spéc. p. 299: « *Because negative supply shocks lead to a restriction in output, they can provide useful information about the strength of the competitive reactions of producers located in other regions of the world. Such natural experiments can be a suitable empirical methodology to shed light on the source of existing competitive constraints that are likely to impede the exercise of market power. [...] Unexpected outages, though short-lived, may provide some indication about the source of the competitive constraint faced by producers located in the EEA* ».

l'ampleur des élasticité-prix et élasticité-prix croisée de la demande sans avoir à se lancer dans une analyse économétrique plus complexe¹²⁷³.

912. L'analyse de choc s'effectue en se basant sur les données sur tous les prix et toutes les quantités. Cependant, en réalité, les ensembles de données sont souvent incomplets. Seulement les données sur les prix étant souvent disponibles. Par ailleurs, cette technique connaît également le problème de relation de cause à effet comme les autres techniques analysées ci-dessous. La relation entre l'effet identifié et la source du changement doit donc être bien prise en compte lorsque l'on a recours à cette technique.

913. Transition. En règle générale, la comparaison des prix absolus de deux produits ou plus n'est pas un moyen valable pour déterminer si ces produits se trouvent sur le même marché de produits. Toutefois, l'analyse des niveaux de prix peut être instructive. La technique vise à tirer des conclusions sur la définition du marché à partir de comparaisons des niveaux de prix entre les produits et/ou les régions géographiques.

4. L'analyse de la différence des niveaux de prix

914. Pour comprendre la logique de l'analyse des niveaux de prix en vue de la délimitation du marché, il est nécessaire de revenir à la notion de marché en économie. MARSHALL définit le marché comme « *la zone dans laquelle le prix d'un même bien est identique*¹²⁷⁴ ». Les marchés sont donc définis selon la « *loi du prix unique* ». Cela signifie que les vendeurs de biens identiques doivent les vendre à des prix identiques. Si un vendeur baisse le prix, il obtiendra toute la demande et les autres ne vendront rien. En revanche, s'il augmente le prix au-dessus du niveau concurrentiel, il ne vendra rien. Étant donné que seule l'entreprise ayant le prix le plus bas vend, le résultat d'équilibre est que toutes les entreprises actives sur le marché vendent au même prix et se partagent les clients. Même dans le cas où le marché est grand et que les produits sont situés dans des lieux différents, les prix des substituts parfaits convergeront pour ne différer que par la différence des coûts de transport selon la loi du prix unique¹²⁷⁵.

¹²⁷³ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 185.

¹²⁷⁴ A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London, McMillan, 8^e éd., 1920, p. 325.

¹²⁷⁵ *Ibid.*. Il faut souligner que la définition donnée par MARSHALL a été adoptée par les économistes majoritaires. Reprenant cette définition, STIGLER définit le marché d'un bien est « *la zone à l'intérieur de laquelle son prix tend à s'uniformiser, étant tenu compte des coûts de transports* ». G. J. STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, préc., p. 92 (nous traduisons).

915. Il apparaît de la relation réciproque entre la détermination des prix et la détermination du marché que les prix jouent un rôle central en tant qu'indicateur primaire des frontières du marché. L'intuition d'une situation de marché où un prix unique s'applique est que la similarité dans les niveaux de prix peut indiquer que les produits sont de proches substituts. Si les prix ne sont pas en mesure de s'égaliser, on peut présumer qu'il existe des marchés de produits distincts.

916. Les plus grands avantages de cette technique résident dans sa simplification sur le plan analytique et les données requises qui sont généralement disponibles. Néanmoins, la base théorique sur laquelle sont fondées les inférences tirées sur la délimitation du marché à partir d'observations des niveaux de prix est remise en question dans la majorité des cas. En premier lieu, la loi du prix unique ne s'applique qu'aux produits qui sont des substituts parfaits. Cependant, en réalité, les entreprises produisent le plus souvent des biens légèrement différents les uns des autres¹²⁷⁶ et les régions géographiques se distinguent nécessairement les unes des autres en raison des coûts de transport. Dans cette situation, les consommateurs choisissent entre différentes alternatives le produit qui correspond le mieux à son besoin et à sa préférence en pesant les diverses caractéristiques de ces alternatives, et non seulement le prix. La délimitation du marché en cause sur la base des différences de prix ignore cet aspect et conduira à des résultats erronés. Elle sera également erronée si les différences des prix reflètent des différences de qualité réelles ou perçues entre produits¹²⁷⁷, en particulier pour le cas des produits de marque. La comparaison des niveaux de prix ignorant la possibilité pour les consommateurs de faire un compromis entre le prix et la qualité.

917. En deuxième lieu, alors que le marché en économie consiste à la zone dans laquelle un prix unique s'applique, le concept de marché pertinent en droit de la concurrence met l'accent sur l'ampleur des pressions concurrentielles entre les produits et les régions. Le fait de conclure que les produits dont les prix sont sensiblement différents ne sont pas de proches substituts néglige la question centrale de l'enquête en matière de concurrence, à savoir si une augmentation légère mais significative et non transitoire du prix d'un produit incitera un nombre de consommateurs suffisant à se tourner vers un autre au point de rendre l'augmentation du prix non

¹²⁷⁶ V. *supra*, n° 344 et s.

¹²⁷⁷ V. *supra*, n° 350 et s.

rentable. Par conséquent, un marché pertinent en *antitrust* peut correspondre, être plus large ou plus étroit qu'un marché en économie¹²⁷⁸.

918. Pour toutes ces raisons, la technique de comparaison des niveaux de prix entre les produits en vue de délimitation du marché pertinent peut conduire à un résultat correct dans certains cas, mais à un résultat erroné dans d'autres qui représentent la majorité.

919. Transition. Dans un certain nombre d'affaires, une source d'information sur les frontières du marché peut être trouvée en analysant le mouvement physique des marchandises. Il s'agit d'examiner l'origine des achats des consommateurs et la destination des ventes des fournisseurs afin de tirer la conclusion si les fournisseurs et les consommateurs, répartis dans des régions distinctes, constituent un marché pertinent. C'est le principe du test dit « *test de Elzinga-Hogarty* » qui est peut-être la méthode empirique la plus largement utilisée pour délimiter les marchés géographiques en cause¹²⁷⁹.

5. Le test de Elzinga-Hogarty

920. L'analyse des flux commerciaux en vue de délimitation du marché a été proposée par Kenneth ELZINGA et Thomas HOGARTY dans un article publié en 1973 dans lequel les auteurs se sont penchés sur la question de la définition du marché géographique aux fins de l'appréciation des concentrations¹²⁸⁰. Le test se base sur l'analyse des volumes de livraisons entre deux aires géographiques¹²⁸¹ et délimite les frontières géographiques des marchés sur la base de deux ratios : LIFO (*Little In From Outside*) et LOFI (*Little Out From Inside*).

921. Le LIFO vise à examiner si la quasi-totalité des achats d'une région donnée proviennent de l'intérieur de la région elle-même ou des importations substantielles. Il détermine dans quelle mesure la consommation d'une région est basée sur la production locale plutôt que sur les

¹²⁷⁸ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, préc., n° 4-033, p. 139. V. également D. T. SCHEFFMAN & P. T. SPILLER, « Geographic Market Definition under the U.S. Department of Justice Merger Guidelines », *Journal of Law & Economics*, vol. 30, n° 1, 1987, p. 123-147, spéc. p. 125.

¹²⁷⁹ D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*, op. cit., p. 202.

¹²⁸⁰ K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », *Antitrust Bulletin*, vol. 18, issue 1, 1973, p. 45-82. Le développement du test est discuté dans K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation Revisited : The Case of Coal », *Antitrust Bulletin*, vol. 23, issue 1, 1978, p. 1-18; K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « Defining Geographic Market Boundaries », *Antitrust Bulletin*, vol. 26, issue 4, 1981, p. 739-752.

¹²⁸¹ Selon WERDEN, les auteurs ont été les premiers à proposer un test spécifique et l'appliquer à des données réelles pour délimiter les marchés. G. J. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », préc., p. 185.

importations. Un LIFO élevé indique que la demande dans la région est principalement satisfaite par la production locale et que la région constitue donc un marché géographique distinct. Le LOFI examine, quant à lui, si la quasi-totalité des livraisons d'une région donnée sont destinées à la région elle-même ou à l'exportation. Un LOFI élevé indique qu'il y a peu d'exportations et que la majorité de la production locale est donc fournie aux consommateurs de la région. Celle-ci est donc considérée comme constituant un marché en cause distinct. Les ratios LIFO et LOFI sont présentés par la formule suivante¹²⁸² :

$\text{LIFO} = \frac{\text{ventes des entreprises d'une région donnée aux consommateurs de la même région}}{\text{totalité des achats des consommateurs dans la région donnée}}$
$\text{LOFI} = \frac{\text{ventes des entreprises d'une région donnée aux consommateurs de la même région}}{\text{totalité des ventes des entreprises situées dans la région donnée aux consommateurs de la même région et d'extérieur}}$

922. Pour mettre en œuvre le test, il est nécessaire de déterminer tout d'abord ce qui s'entend par « *little* ». Les auteurs du test ont initialement proposé qu'une région constitue un marché géographique en cause si et seulement si : (i) au moins 75% des volumes achetés dans la région sont produits par des fournisseurs situés dans la région (la condition LIFO), et (ii) au moins 75% de la production de la région est vendue à des consommateurs situés dans la région (la condition LOFI)¹²⁸³. Dans leur article publié cinq ans plus tard, ils ont choisi un seuil de 90% pour les deux ratios¹²⁸⁴. Ainsi, si seulement 25% ou moins de la production d'une région est destinée à l'exportation ou constituée d'importations, la région pourrait être considérée comme étant le marché géographique pertinent. Si les flux de livraison observés dans une région ne répondent pas aux conditions du LIFO ou du LOFI, cela signifie que les entreprises locales sont effectivement contraintes par celles extérieures à la région, ce qui suggère que le marché candidat devrait être élargi¹²⁸⁵. Le but du test de Elzinga-Hogarty consiste donc à identifier une région qui est, dans une large mesure, indépendante des autres régions géographiques, dans laquelle les producteurs dépendent peu des clients situés dans d'autres régions et dans laquelle

¹²⁸² K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁸³ K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », *op. cit.*, p. 73-74.

¹²⁸⁴ K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁸⁵ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 16-010, p. 674 et s.

les clients dépendent peu des fournisseurs situés ailleurs¹²⁸⁶. En d'autres termes, le test consiste à déterminer le degré d'isolement d'une région selon les flux entrants est les flux sortants. Si ces flux sont faibles, le marché pertinent est limité à cette région.

923. Le test de Elzinga-Hogarty a été bien adopté par les autorités de concurrence¹²⁸⁷ et des juges ainsi qu'accueilli par la communauté académique jusqu'à la fin des années 1990 où il a fait l'objet d'un nouvel examen après que les autorités américaines de la concurrence se sont opposées à sept fusions d'hôpitaux sur un total de 900 entre 1994 et 2000 et ont perdu les sept affaires. L'acceptation des juges du test appliqué par les parties aux fusions sur la base des données sur les flux de patients explique la perte du FTC et du DOJ dans certaines de ces affaires¹²⁸⁸. Malgré les critiques de ces dernières qui semblent ne viser que l'invalidité du test que dans les fusions dans le secteur d'hôpital¹²⁸⁹, le test a essuyé diverses critiques générales. La première, qui a été reconnue par les auteurs eux même, porte sur l'arbitraire des seuils de 75% et de 90% choisis comme valeurs pour évaluer les conditions de LIFO et LOFI. Bien que les auteurs décrivent le seuil de 75% comme une estimation prudente des livraisons qui englobe les forces primaires de l'offre et de la demande¹²⁹⁰, il a été proposé de manière subjective. Aucune justification théorique ni pratique n'étant pas fournie¹²⁹¹.

924. Deuxièmement, il n'est pas certain que la condition LOFI ait un rôle quelconque à jouer dans la définition du marché géographique. La conclusion selon laquelle les fournisseurs d'une région donnée n'exportent pas de volumes importants en dehors de cette région n'a aucune incidence sur la question de savoir si cette région constitue un marché géographique en cause distinct¹²⁹². Les fournisseurs d'une région donnée peuvent être fortement limités par les importations même s'ils n'exportent aucun volume à l'extérieur de cette région.

¹²⁸⁶ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, op. cit., p. 82.

¹²⁸⁷ Le test a été appliqué dans de nombreuses affaires par les autorités et les juges américains, et est devenu une méthode courante dans les concentrations des hôpitaux.

¹²⁸⁸ Voir FTC & DOJ, « Improving Health Care: A Dose of Competition » Report, July 2004, disponible sur le site <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/204694.pdf>.

¹²⁸⁹ Id., Chapter 4, p. 5: « *The Agencies' experience and research indicate that the Elzinga-Hogarty test is not valid or reliable in defining geographic markets in hospital merger cases* ».

¹²⁹⁰ K. G. ELZINGA & T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », op. cit., p. 74-75.

¹²⁹¹ D. KASERMAN & H. ZEISEL, « Market Definition: Implementing the Department of Justice Merger Guidelines », op. cit., p. 670.

¹²⁹² D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, op. cit., p. 82.

925. Troisièmement, supposons que la condition LOFI ait un rôle dans la définition du marché géographique, un autre problème se produit lorsqu'une seule des conditions LOFI et LIFO est satisfaite. Comment le résultat peut-il être interprété lorsque l'une ou l'autre des conditions n'est pas remplie ? Si les exportations dans la région sont élevées mais que les importations sont faibles, il faut comprendre les raisons économiques qui les expliquent. Dans une telle situation, le marché en cause peut être plus large ou plus étroit que celui défini par le test de Elzinga-Hogarty. Il est donc important de valider toute conclusion de ce test par des preuves supplémentaire¹²⁹³.

926. Quatrièmement, la présence ou l'absence de flux de livraisons entre deux régions n'est ni une condition nécessaire ni une condition suffisante pour établir si elles constituent ou non un marché pertinent¹²⁹⁴. D'une part, les flux de commerce entre deux régions peuvent être substantiels alors qu'elles sont des marchés distincts. En effet, les flux de commerce substantiels entre les régions peuvent ne pas éliminer les disparités de prix entre elles, si les régions sont soumises à une discrimination par les prix¹²⁹⁵. Les producteurs pouvant être en mesure d'identifier et de tirer parti d'élasticités différentes de la demande sur les deux marchés sans que les prix sur ces marchés ne s'égalisent. D'autre part, les flux de commerce entre deux régions peuvent être faibles alors qu'elles se trouvent sur le même marché. Les flux de commerce faibles entre les régions pouvant être affectés par plusieurs facteurs différents, à savoir notamment les coûts de transport élevés et l'existence d'obstacles juridiques tels que les tarifs ou les quotas qui réduisent l'efficacité de la concurrence entre régions¹²⁹⁶.

927. Cinquièmement, la mise en œuvre du test de Elzinga-Hogarty suppose que le comportement parmi les consommateurs soit homogène, c.à.d. les consommateurs qui expriment leur mécontentement à l'égard de leurs vendeurs locaux en voyageant ailleurs et ceux qui s'y refusent ont des demandes similaires. Or, si ces deux groupes de consommateurs manifestent fondamentalement un comportement d'achat différent en raison de leurs besoins différents en matière de services locaux/non locaux ou de leurs goûts différents en matière de déplacement, il

¹²⁹³ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 676.

¹²⁹⁴ G. STIGLER & R. A. SHERWIN, « The Extent of the Market », *op. cit.*, p. 581.

¹²⁹⁵ *Id.*, p. 580; D. KASERMAN & H. ZEISEL, *op. cit.*, p. 670.

¹²⁹⁶ *Ibid.*

n'existe pas nécessairement de lien entre les expériences de consommation de ces deux groupes après la fusion¹²⁹⁷.

928. Sixièmement, certains auteurs critiquent le fait que le test de Elzinga-Hogarty n'est applicable qu'à la dimension géographique de la délimitation du marché pertinent et qu'il faudra ainsi avoir recours à une autre méthode au cas où la définition du marché des produits serait contestée¹²⁹⁸. GORE *et al.* estiment cependant qu'il est possible d'utiliser le même raisonnement de la délimitation du marché géographique pour définir le marché des produits. Ainsi, on peut raisonner que les consommateurs qui achètent un produit achètent également un autre pour répondre au même besoin¹²⁹⁹. En principe, la multiplicité des sources d'approvisionnement démontre la capacité de faire appel à plus d'un fournisseur de la même façon que l'importation démontre la capacité de s'approvisionner dans d'autres régions¹³⁰⁰. Les auteurs reconnaissent toutefois les difficultés dans l'utilisation de ce raisonnement lorsque les produits sont utilisés de manière complémentaire plutôt que de manière substituable et qu'il existe des différences de préférences chez les consommateurs.

929. Septièmement, la mise en œuvre du test Elzinga-Hogarty nécessite qu'un certain nombre de choix méthodologiques soit fait avant de procéder à l'analyse comparative des conditions¹³⁰¹. Par exemple, on doit décider comment mesurer le LIFO et le LOFI car ils n'évoluent pas nécessairement dans le même sens. La délimitation du marché géographique en cause selon le test de Elzinga-Hogarty dépend donc fortement du choix de la méthodologie utilisée pour conduire le test. Les études de FRECH *et al.* montrent qu'il est impossible, dans certains cas, de parvenir à délimiter un marché¹³⁰².

¹²⁹⁷ C. S. CAPPS, D. DRANOVE, S. GREENSTEIN & M. SATTERTHWAITTE, « The Silent Majority Fallacy of the Elzinga-Hogarty Criteria: A Critique and New Approach to Analyzing Hospital Mergers », *National Bureau of Economic Research, Working Paper n° 8216*, April 2001, disponible sur le site <https://www.nber.org/papers/w8216.pdf>, p. 1 (consulté le 2 juillet 2019)

¹²⁹⁸ D. KASERMAN & H. ZEISEL, « Market Definition: Implementing the Department of Justice Merger Guidelines », *op. cit.*, p. 670.

¹²⁹⁹ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, *op. cit.*, p. 84.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ H.E. FRECH III, James LANGENFELD & R. Forrest McCLUER, « Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 3, 2004, p. 921-947, spéc. p. 938.

¹³⁰² *Id.*, p. 947.

930. Huitièmement, en ce qui concerne les concentrations internationales dont le périmètre du marché dépasse des frontières nationales, la délimitation du marché sur la base des données sur les importations courantes peut être difficile en raison de l'insuffisance des données disponibles qui est liée notamment aux difficultés d'accès aux informations en dehors de la juridiction de l'autorité de la concurrence concernée.

931. Dernièrement et aussi le problème le plus sérieux, le test ne répond pas à la question centrale qui est de savoir si un monopoleur hypothétique est en mesure d'imposer de manière rentable un SSNIP dans la région candidate. En effet, le test de Elzinga-Hogarty permet de tirer des conclusions sur les marchés géographiques en cause en examinant les données actuelles sur les livraisons plutôt qu'en examinant les changements qui surviendraient dans les livraisons si les prix relatifs changent. Le concept de délimitation du marché repose sur la mesure dans laquelle la substitution du côté de la demande et de l'offre limiterait le pouvoir d'augmentation du prix sur un groupe particulier de produits ou de services. Cette mesure dépend de la réactivité des consommateurs et des entreprises aux variations de prix. D'un point de vue économique, ce que l'on voudrait idéalement mesurer lors de la délimitation du marché géographique est l'élasticité de l'offre¹³⁰³. Le test de Elzinga-Hogarty est toutefois statique, en ce sens qu'il est indépendant de l'élasticité de l'offre de la région exportatrice, il ne permet pas d'identifier les marchés antitrust¹³⁰⁴.

932. Par conséquent, le test de Elzinga-Hogarty, bien qu'il soit utile, n'est tout simplement pas suffisant pour définir les marchés¹³⁰⁵. Il devrait être utilisé comme un point de départ pour délimiter le marché géographique en cause plutôt qu'une preuve déterminante du marché délimité, et toujours appliqué conjointement avec d'autres méthodes.

933. Une technique économétrique plus sophistiquée recommandée pour la délimitation du marché antitrust est le test de causalité de Granger.

¹³⁰³ N. M. KLEIN & S. W. BITHER, « An Investigation of Utility-directed Cutoff Selection », *Journal of Consumer Research*, 1987, p. 240-256.

¹³⁰⁴ D. T. SCHEFFMAN & P.T. SPILLER, « Geographic Market Definition under the U.S. Department of Justice Merger Guidelines », *op. cit.*, p. 129.

¹³⁰⁵ G. J. WERDEN, « The Use and Misuse of Shipments Data in Defining Geographic Markets », *Antitrust Bulletin*, vol. 26, n° 4, 1981, p. 719-737, spéc. p. 720.

6. Le test de causalité de Granger

934. Le test de causalité de Granger permet d'évaluer la direction et le degré d'interdépendance entre deux variables en établissant s'il y a causalité d'une variable à l'autre. Margaret SLADE a proposé d'utiliser une méthode basée sur ce concept de causalité développé par GRANGER¹³⁰⁶ en 1969, SIMS¹³⁰⁷ en 1972 et WU¹³⁰⁸ dans les années 1980 pour vérifier l'hypothèse selon laquelle les mouvements de prix dans une région ou d'un produit ont des effets perceptibles sur les mouvements de prix dans une autre région ou d'un autre produit¹³⁰⁹.

935. La littérature du test de causalité indique qu'une variable y est « causée » par une autre variable x si l'on obtient des prédictions significativement meilleures de y lorsque x est inclus comme variable explicative avec toutes les autres variables pertinentes que lorsque x est exclu¹³¹⁰. Cela signifie que les prédictions du prix de y seront améliorées à l'aide des informations disponibles sur les prix de x et de y , plutôt qu'à l'aide des seules informations sur le prix de y ¹³¹¹. La mise en œuvre du test nécessite une analyse de régression¹³¹². Elle est effectuée en estimant deux régressions distinctes sur y dont l'une exclut les valeurs décalées de x et l'autre les inclut. Plus précisément, lorsque x et y sont les prix d'un produit dans deux régions, le test détermine dans un premier temps dans quelle mesure la variabilité des prix courants de y peut être expliquée par ses prix passés. Dans un second, il détermine la mesure dans laquelle une variation supplémentaire des prix courants de y peut être expliquée en tenant compte des prix passés de x . Si les valeurs passées de x améliorent considérablement la prédiction de la valeur actuelle de y , alors les prix de x sont considérés comme « la cause de Granger » des prix de y en

¹³⁰⁶ C. W. J. GRANGER, « Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spectral Methods », *Econometrica*, vol. 37, n° 3, 1969, p. 424-438.

¹³⁰⁷ C. A. SIMS, « Money, Income, and Causality », *American Economic Review*, vol. 62, n° 4, 1972, p. 540-552.

¹³⁰⁸ D-M. WU, « Tests of Causality, Predeterminedness and Exogeneity », *International Economic Review*, vol. 24, n° 3, 1983, p. 547-558.

¹³⁰⁹ M. E. SLADE, « Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products », *Journal of Industrial Economics*, vol. 34, n° 3, 1986, p. 291-303, spéc. p. 294.

¹³¹⁰ *Ibid.*

¹³¹¹ P. A. CARTWRIGHT, D. R. KAMERSCHEN & M-Y. HUANG, « Price Correlation and Granger Causality Tests for Market Definition », *Review of Industrial Organization*, vol. 4, n° 2, 1989, p. 79-98, spéc. p. 83; S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 445.

¹³¹² La régression est un ensemble de méthodes statistiques en économétrie utilisées pour analyser la relation d'une variable par rapport à une ou plusieurs autres. Pour l'introduction à l'analyse de régression, voir S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 447.

question¹³¹³. Cela constitue la preuve statistique que les deux régions forment un marché géographique en cause. Une même logique s'applique si x et y sont les prix de deux produits dans une région.

936. Tous les deux tests de causalité de Granger et de corrélation permettent d'évaluer la direction de mouvement et le degré de l'interdépendance entre deux produits. L'un des avantages du premier par rapport au second consiste dans le fait qu'il permet d'établir le lien de causalité entre les deux produits. Un autre est que le test de causalité permet une interaction dynamique entre les séries de prix, c. à. d. qu'il peut y avoir des effets décalés, et que plus de deux séries de prix peuvent être analysées en même temps. Malgré cela, ce test est sujet à critique pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le test est susceptible d'être très sensible à la spécification du modèle utilisé¹³¹⁴. Si des variables importantes sont exclues, le test donnera des résultats biaisés. Comme les sources de données sont limitées et qu'il est difficile de savoir si toutes les variables pertinentes ont été incluses, un tel biais semble probable¹³¹⁵. En outre, il est important de souligner que la causalité de Granger est un concept économétrique qui vise à identifier les marchés économiques. Par conséquent, le résultat d'un tel test n'implique pas nécessairement une causalité dans la détermination des marchés antitrust. Le fait que le prix d'un produit qui constitue la « cause de Granger » du prix d'un autre ne peut qu'indiquer qu'avec une certaine signification statistique, le premier influe sur le second. En revanche, il ne permet pas de conclure immédiatement qu'ils exercent une pression concurrentielle suffisante l'un sur l'autre

¹³¹³ Certains auteurs proposent de mener le test en s'appuyant sur le modèle vectoriel autorégressif (*Vector Autoregressive* – VAR)

$$\Delta_{P_t} = \sum_{k=1}^K \psi_k \Delta_{P_{t-k}} + e_t$$

Où Δ_{P_t} est le vecteur $N \times 1$ contenant les premières différences du logarithme naturel des prix de N biens au temps t
 ψ_i est les $N \times N$ matrices qui contiennent des paramètres décrivant les relations dynamiques entre les prix
 K est l'ordre de retard du VAR assurant que les résidus e_t ne sont pas corrélés en série.

Un test de non causalité de Granger de Δ_{P_i} à Δ_{P_j} nécessite de vérifier l'hypothèse nulle :

$$\psi_{ij,1} = \psi_{ij,2} = \dots = \psi_{ij,K} = 0$$

Si cette hypothèse nulle est rejetée en faveur de l'alternative qu'au moins un de ces paramètres n'est pas nul, alors Δ_{P_i} est dit la cause Granger de Δ_{P_j} .

Voir P. J. COE & D. KRAUSE, « An Analysis of Price-based Tests of Antitrust Market Delineation », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, issue 4, 2008, p. 983-1007.

¹³¹⁴ D. KASERMAN & H. ZEISEL, *op. cit.*, p. 676. L'auteur du test ne recommande pas un modèle spécifique pour effectuer le test car un modèle correctement spécifié pourrait rejeter la notion de « x cause y au sens de Granger », même si x et y font tous deux partie d'un marché en cause. À cet égard, voir S. BISHOP & M. WALKER, 2002, *op. cit.*, p. 450-451.

¹³¹⁵ D. KASERMAN & H. ZEISEL, *op. cit.*, p. 676.

pour faire partie du même marché pertinent. La conclusion que deux produits appartiennent au même marché doit être justifiée par des preuves supplémentaires. Un auteur considère que le test de causalité peut être parmi les pires cas de confusion de la signification statistique et de la signification économique¹³¹⁶.

937. Outre le test de causalité de Granger qui permet d'établir la relation causale entre deux produits ou régions, les économistes ont élaboré le test de co-intégration qui permet de déterminer l'existence d'une relation stable de long terme entre eux. Il a été également proposé d'être utilisé pour déterminer l'appartenance ou non des produits et régions au même marché.

7. Le test de co-intégration

938. Le test de co-intégration est étroitement lié au test de stationnarité. Il est utilisé pour déterminer si deux séries de prix sans relation apparente à court terme partagent une tendance commune à long terme, en supposant que les substituts du même marché pertinent sont des variables co-intégrées¹³¹⁷. Plus précisément, deux séries de prix non stationnaires sont co-intégrées s'il existe une combinaison linéaire d'entre elles qui rend la relation stationnaire. Il en déduit ainsi que si deux produits se trouvent sur le même marché, une relation d'équilibre devrait exister entre leurs prix de sorte qu'ils n'évoluent pas indépendamment les uns des autres à long terme. Même si les prix peuvent temporairement s'éloigner de leur relation d'équilibre, les forces économiques la rétabliront lorsque les produits font partie du même marché en cause¹³¹⁸. Des tests statistiques de co-intégration permettent d'évaluer si les prix des différents produits s'ajustent systématiquement à une relation d'équilibre dans un délai raisonnable, même s'ils ne sont pas stationnaires¹³¹⁹. Par conséquent, la constatation que les prix des produits sont intégrés prouve l'existence d'un marché unique¹³²⁰. En revanche, si les prix de différents produits

¹³¹⁶ S. KIMMEL, « Price Correlation and Market Definition », U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Economic Analysis Group Discussion Paper, EAG 87-8, 1987.

¹³¹⁷ R. F. ENGLE & C. W. J. GRANGER, « Co-Integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing », *Econometrica*, vol. 55, n° 2, 1987, p. 251-276.

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ Les auteurs ont donné plusieurs exemples de séries qui pourraient avoir des combinaisons linéaires stationnaires même si les séries elles-mêmes n'étaient pas stationnaires, parmi eux, les prix des « proches substituts sur le même marché », *id.*, p. 251.

¹³²⁰ G. WHALEN, « Time Series Methods in Geographic Market Definition in Banking », paper presented at the Atlantic Economic Association Meetings, 1990, a fait valoir que « *if two geographic locations comprise a single geographic market, their price series should be found to be cointegrated* ». ; M. FORNI, « Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition », *préc.*, présente une approche visant à délimiter les marchés antitrust au moyen de techniques de stationnarité et de co-intégration ; L. WARELL, « Defining Geographic Coal Markets Using Price

évoluent indépendamment à court et à long terme, leurs prix ne seront pas intégrés. Il en déduit que les prix n'ont pas tendance à se reconstituer au fil du temps et que les produits peuvent ainsi se trouver sur des marchés distincts.

939. Il existe plusieurs tests de la co-intégration¹³²¹ mais ceux de Engle-Granger – Augmented Dickey-Fuller¹³²² (EG-ADF) et de Johansen¹³²³ sont largement utilisés.

940. D'un point de vue technique, la co-intégration n'est pas un critère raisonnable pour délimiter le marché pertinent si les séries n'ont pas de racines unitaires, autrement dit s'ils ne sont pas stationnaires¹³²⁴. En revanche, si deux séries sont stationnaires, la co-intégration présente des problèmes similaires à la corrélation. En présence des influences communes, telles que les coûts ou l'inflation, qui influencent deux prix, ils peuvent être intégrés même si les prix ne sont pas étroitement liés par la substituabilité de la demande¹³²⁵. Même en l'absence de co-intégration fallacieuse, la co-intégration n'est toujours une condition ni suffisante ni nécessaire pour qu'un marché pertinent délimité d'un produit puisse inclure un autre¹³²⁶. En effet, une combinaison linéaire de deux prix peut être stationnaire en raison de liens de demande trop faibles pour inclure un produit sur le marché pertinent délimité d'un autre, ou bien les séries de prix peuvent diverger à court terme, même si les produits ou les régions correspondants deviennent de meilleurs substituts.

941. Par ailleurs, comme le test de causalité de Granger, l'analyse de co-intégration est une technique non théorique qui n'implique aucune hypothèse préliminaire concernant la dynamique qui sous-tend le mécanisme d'ajustement des prix. De plus, on soutient souvent que les tests standards visant à identifier les séries co-intégrées ont une faible puissance statistique¹³²⁷.

Data and Shipments Data », *Energy Policy*, vol. 33, n° 17, 2005, p. 2216-2230, utilise un test de co-intégration pour définir un marché international unique du charbon.

¹³²¹ J. J. DOLADO, T. JENKINSON & S. SOSVILLA-RIVERO, « Cointegration and Unit Roots », *Journal of Economic Surveys*, vol. 4, issue 3, 1990, p. 249-273.

¹³²² D. A. DICKEY & W. A. FULLER, « Distribution of the Estimator for Autoregressive Time Series With a Unit Root », préc.

¹³²³ S. JOHANSEN, « Statistical Analysis of Cointegration Vectors », *Journal of Economic Dynamics and Control*, vol. 12, 1988, p. 231-254.

¹³²⁴ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, « Correlation, Causality, and All that Jazz : The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », préc., p. 344.

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ G. J. WERDEN & L. M. FROEB, *op. cit.*, p. 345.

¹³²⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 453.

942. Conclusion du A. Les tests statistiques de prix combinent une expertise économique modeste. Ils sont des outils pratiques et simples dans leur application car la seule information nécessaire est un nombre adéquat d'observations de données sur les prix. Toutefois, leur simplicité et leurs limites font qu'ils sont loin d'être un outil capable de résister à un examen minutieux et rigoureux. Le test de corrélation qui repose sur la substitution entre les produits déterminant les co-mouvements des prix peut fournir des preuves pertinentes sur l'étendue du marché en cause mais son application efficace nécessite généralement une vérification croisée pour s'assurer que l'évolution dans le même sens des prix s'explique effectivement par la substituabilité des produits et non pas par les influences communes ou d'un coût commun. Ces éléments affectant le prix des produits peuvent être éliminés par le test de stationnarité qui évalue la substitution en examinant la stationnarité du ratio de prix de deux produits dans le long terme. Cependant, bien que ce test puisse être considéré comme une alternative au test de corrélation, il comporte un risque important de fausse appréciation, notamment en raison de son incapacité à traiter des comparaisons de plus de deux prix et à placer des produits différenciés sur le même marché. Le test du choc représente une forme connexe de preuve sur la délimitation du marché qui repose sur l'effet des chocs exogènes sur le comportement des entreprises en matière de prix et de l'offre. Il est un outil très utile, en particulier pour la délimitation des marchés en cause dans les secteurs pharmaceutique et financier. Malheureusement, les chocs ne sont pas toujours disponibles et la question de savoir s'il est approprié de traiter des événements tels que les événements d'entrée comme économétriquement exogènes doit être soigneusement évaluée dans son contexte. L'analyse des niveaux de prix entre produits et/ou régions constitue un autre outil utile mais son application n'est efficace que dans le cas très particulier de l'homogénéité. Le test de Elzinga-Hogarty analyse le mouvement physique des produits en faisant appel aux données d'exportation et d'importation pour cerner le périmètre géographique du marché en cause. Alors qu'il peut éclairer le mode de fonctionnement d'une industrie, ce qui, à son tour, peut fournir un contexte utile pour des analyses de la définition du marché, il ne fournit pas nécessairement l'information sur le comportement probable des entreprises et des consommateurs en réponse aux changements des conditions de l'offre. La valeur probante de l'information sur la structure de l'offre dans le contexte de la délimitation du marché est donc limitée. Enfin, les tests de causalité de Granger et de co-intégration qui se focalisent sur des effets perceptibles produits par les mouvements de prix d'un produit sur les mouvements de prix d'un autre pour déduire

l'appartenance de deux produits au même marché est très sensible à la spécification du modèle utilisé et ne permet pas de conclure immédiatement que les produits exercent une pression concurrentielle suffisante l'un sur l'autre pour faire partie d'un même marché.

943. Transition. Un problème commun que soulève l'utilisation de ces tests statistiques de prix réside dans le fait que s'ils peuvent être utiles pour identifier les marchés économiques, ils peuvent ne pas déterminer les marchés antitrust en cause¹³²⁸. Des techniques qui s'articulent sur une délimitation explicite du marché antitrust à partir de la notion de pouvoir de marché ont été développées et ont les faveurs de la pratique dans de nombreuses autorités de concurrence. Elles se focalisent sur la mesure des contraintes de prix en analysant le système de demande. Ces méthodes sont techniquement beaucoup plus compliquées que les tests statistiques de prix mais elles permettent de fournir des preuves plus probantes et plus directes que ces derniers.

B. Les analyses des contraintes de prix

944. La délimitation du marché pertinent consiste essentiellement à identifier les produits qui sont de proches substituts. Le point de départ traditionnel de cet exercice est le prix. Précisément, il porte sur la question de savoir ce qui se passe en ce qui concerne la vente d'autres produits s'il y a un changement de prix d'un produit particulier¹³²⁹. La réponse à cette question ne peut être tirée directement par le biais d'expériences contrôlées comme en sciences naturelles mais doivent être tirées des preuves disponibles sur le comportement actuel des entreprises et des consommateurs. Pour cela, les économistes ont développé un certain nombre de méthodes qui examinent la relation entre les différentes séries de prix afin de déduire les implications sur le comportement des agents économiques sur le marché et ainsi la délimitation du marché pertinent. La méthode appropriée dans un cas particulier dépend en grande partie du type de la concurrence et de la disponibilité des données. Dans ce qui suit, nous examinons cinq méthodes quantitatives qui peuvent fournir des éléments de preuves probants sur les frontières des marchés en cause : test du monopoleur hypothétique (1), test du marché pertinent en équilibre parfait (2), estimation de la fonction de demande résiduelle (3), ratio de diversion et indices de pression sur les prix (4), et modèles de simulation de fusions (5).

¹³²⁸ P. COE & D. KRAUSE, « An Analysis of Price-based Tests of Antitrust Market Delineation », *op. cit.*, p. 2.

¹³²⁹ Les juges américains ont déclaré que « *si le changement de prix dans une région a un effet sur le prix dans une autre région, les deux régions peuvent être incluses dans un marché géographique* », *United States v. Bethlehem Steel Corp.*, 168 F. Supp. 576, 599-600, (S.D.N.Y, 1958) (nous traduisons).

1. Le test du monopoleur hypothétique (TMH)

945. Le test du monopoleur hypothétique a été introduit comme outil d'analyse de la concurrence dans les *U.S. Merger Guidelines* de 1982. Il a été adopté en substance par de nombreuses autorités de concurrence¹³³⁰. La Commission européenne a adopté ce test comme méthode de détermination de la frontière des marchés dans sa communication sur la définition du marché en cause de 1997. La logique économique du test consiste dans le fait que deux produits n'ont pas besoin d'avoir la même apparence ni le même prix pour être inclus dans le même marché. Ils ne doivent pas non plus nécessairement être totalement interchangeables. Ce qu'il faut est qu'un nombre suffisant de consommateurs ou de producteurs soient prêts à passer d'un produit à l'autre afin d'agir comme une discipline de marché efficace sur l'autre groupe de fournisseurs¹³³¹, autrement dit, en réponse à une augmentation faible mais significative et non transitoire du prix (SSNIP) que ce dernier pourrait imposer¹³³². Nous nous intéressons tout d'abord à préciser le principe du TMH (a), et puis aux méthodes de sa mise en œuvre (b) avant d'aborder les difficultés auxquelles sont confrontés les autorités de concurrence ainsi que les juges lors de son application dans la pratique (c).

a. Le principe

946. Le marché défini par le TMH est un ensemble de produits tel qu'un fournisseur unique hypothétique de cet ensemble pourrait augmenter le prix de manière rentable. Il s'agit du principe général du TMH. Le test est toutefois appliqué de manière plus ou moins différente selon les autorités de concurrence. Son principe (i) et la procédure de décision (ii) en droit européen de la concurrence sont estimés plus stricts qu'en droit d'autres pays.

¹³³⁰ La liste des autorités ayant adopté le test est fournie par S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, 2002, p. 88.

¹³³¹ P. V. BOS, J. STUYCK & P. WYTENCK, *Concentration Control in the European Economic Community*, London, Graham & Trotman, 1992, p. 337.

¹³³² Le test SSNIP est traditionnellement assimilé au TMH. Toutefois, selon DAVIS & GARCÉS, ce premier est en fait mieux considéré comme un moyen de mise en œuvre de ce dernier – un test axé sur la rentabilité de l'augmentation des prix. Dans certaines industries dans lesquelles le prix n'est pas la forme dominante d'interaction stratégique, une analyse concentrée sur le SSNIP ne peut pas tenir compte d'autres facteurs qui peuvent permettre au monopoleur hypothétique de « rendre le marché monopolisé ». P. DAVIS & E. GARCÉS, *op. cit.*, p. 201, note 32.

i. Le principe

947. En se reposant sur l'idée selon laquelle les produits d'un marché ne sont pas soumis à d'importantes contraintes de prix exercées par des produits extérieurs au marché, le test du monopoleur hypothétique pose la question de savoir si un monopoleur hypothétique d'un group particulier de produits ou de services *pourrait*¹³³³ augmenter les prix de ces produits ou services de manière permanente et rentable d'un montant faible mais significatif et non transitoire. Un marché pertinent est le plus petit ensemble de produits pour lequel un monopoleur hypothétique pourrait imposer de manière rentable un prix supérieur au niveau de prix concurrentiel. Selon les termes de BISHOP & WALKER, « *un marché pertinent est quelque chose qui vaut la peine d'être monopolisé*¹³³⁴ ».

948. L'intuition qui sous-tend le SSNIP consiste dans le fait que si le monopoleur hypothétique n'est pas en mesure d'augmenter de manière rentable le prix des produits qu'il contrôle, ces produits doivent faire face à une importante pression concurrentielle exercée par d'autres produits extérieurs au groupe contrôlé par lui. Le TMH tente donc en fait de déterminer s'il existe, pour un groupe de produits, une contrainte de prix significative qui ne découle pas de la concurrence de l'intra-marché cible mais d'autres produits disponibles extérieurs au marché

¹³³³ Il convient de souligner qu'il existe une différence importante entre le TMH utilisé par la Commission européenne et celui utilisé par les autorités américaines. En effet, les plus récentes *Horizontal Merger Guidelines* américaines de 2010 stipulent (p. 9) que « [...] *the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products ("hypothetical monopolist") likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price ("SSNIP") on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms* » (gras ajouté). Le TMH ainsi défini pose la question de savoir si un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice serait en mesure d'augmenter les prix de 5 à 10% par rapport au niveau de prix actuels. Dans la version européenne, la Communication sur la définition du marché en cause de 1997 indique au paragraphe 17 que « *the question to be answered is whether the parties' customers would switch to readily available substitutes or to suppliers located elsewhere in response to a hypothetical small (in the range 5% to 10%) but permanent relative price increase in the products and areas being considered. If substitution were enough to make the price increase unprofitable because of the resulting loss of sales, additional substitutes and areas are included in the relevant market. This would be done until the set of products and geographical areas is such that small, permanent increases in relative prices would be profitable* » (gras ajouté). Ainsi, la question posée par la Commission européenne semble être celle de savoir si un monopoleur hypothétique ferait plus de profits si les prix étaient de 5 à 10% plus élevés que le niveau actuel. Les marchés définis selon l'approche européenne ont tendance à être plus étroits que ceux définis selon l'approche américaine car il se peut qu'un monopoleur hypothétique réalise des profits plus élevés si les prix sont supérieurs de plus de 5% au niveau actuel mais il se peut aussi qu'il maximise ses profits en augmentant ses prix de moins de 5% par rapport au niveau actuel. Pour les détails, voir S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, op. cit., n° 4-006, p. 112; G. NIELS, H. JENKINS & J. KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, préc., p. 47-48. En ce sens, v. également P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, préc., p. 202, note 34.

¹³³⁴ S. BISHOP & M. WALKER, op. cit., n° 4-005, p. 112.

cible – lesquels constituent des alternatives viables aux consommateurs¹³³⁵. Cette pression concurrentielle doit être tenue compte dans toute appréciation de la concurrence portant sur les produits considérés, ce qui signifie que le marché en cause doit être élargi pour englober ces contraintes. La Commission européenne considère ce test comme l'approche standard de la délimitation du marché pertinent en déclarant que « *cette approche permet, en partant du type de produits que les entreprises en cause vendent et du territoire sur lequel elles les vendent, d'inclure ou non dans la définition du marché des produits et des territoires supplémentaires, selon que la concurrence exercée par ces autres produits et territoires influe à court terme suffisamment ou non*¹³³⁶ ».

949. En droit européen, une augmentation du prix est jugée faible mais significative lorsqu'elle se situe entre 5% et 10%¹³³⁷ ¹³³⁸. Elle est jugée non transitoire si elle perdure pendant une période d'au moins un an. La Commission européenne applique le test SSNIP pour évaluer la substituabilité du côté de la demande et du côté de l'offre ainsi que pour délimiter tant le marché de produits que le marché géographique en cause.

¹³³⁵ Pour les discussions du test TMH, v. P. A. GEROSKI & R. GRIFFITH, « Identifying Anti-Trust Markets », IFS Working Papers, No. 03/01, Institute for Fiscal Studies (IFS), London, 2003 ; M. B. COATE & J. H. FISCHER, « A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 4, 2008, p. 1031-1063; I. M. DOBBS, « Defining Markets for Ex Ante Regulation using the Hypothetical Monopoly Test », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 13, issue 1, 2006, p. 83-109; F. GASMI, J-J. LAFFONT & W. W. SHARKEY, « The Natural Monopoly Test reconsidered: An Engineering Process-Based Approach to Empirical Analysis in Telecommunications », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 20, issue 4, 2002, p. 435-459; M. G. BAUMANN & P. E. GODEK, « Could and Would Understood: Critical Elasticities and the Merger Guidelines », *Antitrust Bulletin*, vol. 40, issue 4, 1995, p. 885-899; G. J. WERDEN, « Four Suggestions on Market Delineation », *Antitrust Bulletin*, vol. 37, 1992, p. 107-121; B. C. HARRIS & J. J. SIMONS, « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? », *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 207-226.

¹³³⁶ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 16.

¹³³⁷ Il convient de noter que le SSNIP est communément appliqué avec une augmentation de prix uniforme sur l'ensemble des produits du marché cible. Cela peut poser problème si les marges de ces produits sont très différentes. Certains auteurs estiment que le marché délimité peut être plus ou moins vaste selon le type d'augmentation de prix (augmentation d'un seul prix, augmentation de prix uniforme pour l'ensemble des produits sous le contrôle du monopoleur hypothétique, augmentation optimisant le bénéficiaire qui pourrait impliquer des augmentations de prix diverses pour les différents produits), v. Ø. DALJORD & L. SØRGARD, « Single-Product versus Uniform SSNIPs », *International Review of Law and Economics*, vol. 3, n° 2, 2011, p. 142-146 ; P. DAVIS & E. GARCÉS, *op.cit.*, p. 213.

¹³³⁸ Aux États-Unis, le seuil de référence de l'augmentation de prix est de 5% par rapport au prix concurrentiel actuel, sur une période d'un an. Toutefois, des seuils plus élevés ou moins élevés peuvent être utilisés selon l'industrie. Les *2010 Horizontal Merger Guidelines* indiquent à la section 4.1.2 qu'un prix futur serait utilisé s'il était facilement prévisible, ou bien qu'un prix inférieur et concurrentiel serait utilisé si le marché se comportait d'une manière moins concurrentielle. Le premier ajustement permet une analyse plus dynamique, le second évite le piège de *Cellophane fallacy*. En ce sens, v. M. B. COATE & J. H. FISCHER, « A Practical Guide to The Hypothetical Monopolist Test for Market Definition », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 4, p. 1031-1063, 2008, p. 1035.

950. En pratique, la mise en œuvre du test SSNIP comprend deux étapes : (i) le calcul du nombre de consommateurs qui n'achètent plus le produit en cause en raison d'une augmentation du prix (consommateurs marginaux). Ce calcul s'effectue à l'aide de l'analyse de l'élasticité-prix de la demande et de l'élasticité-prix croisée de la demande ; et (ii) l'évaluation de la rentabilité de l'augmentation du prix, qui dépend de la marge du produit en question. Pour le calcul du nombre de consommateurs marginaux, on commence par le plus petit marché de produit et géographique qui est en fait composé du produit de l'enquête. Ensuite, on évalue si un monopoleur hypothétique de ce produit pourrait augmenter de manière rentable ses prix de 5 à 10% pendant un an. Si tel est le cas, ce produit unique constitue le marché pertinent. Si ce n'est pas le cas, on inclut dans le marché le substitut le plus proche, celui qui offre la meilleure alternative aux consommateurs confrontés à l'augmentation des prix. On évalue à nouveau si un monopoleur hypothétique pourrait augmenter de manière rentable les prix de 5 à 10%, cette fois, de chacun des produits du marché élargi¹³³⁹. On répète la procédure jusqu'à ce que l'on trouve un groupe de produits dont l'augmentation de prix est rentable pour le monopoleur hypothétique.

951. Pour illustrer cette procédure algorithmique, supposons une fusion entre deux producteurs d'eau minérale plate – celle-ci est le produit cible. Supposons que (i) le monopoleur hypothétique augmente les prix des eaux minérales plates de 5% pendant un an, que (ii) cette augmentation ne soit pas rentable et que (iii) les eaux minérales gazeuses soient le substitut le plus proche des eaux minérales plates. Le marché cible est maintenant élargi aux eaux minérales gazeuses. Supposons maintenant que le monopoleur hypothétique augmente conjointement les prix des eaux minérales plates et ceux des eaux minérales gazeuses de 5%, que cette augmentation ne soit pas rentable non plus. Le marché est élargi au substitut le plus proche des eaux minérales gazeuses, supposons que ce soit les boissons gazeuses au goût d'orange.

¹³³⁹ Reste ouverte, tant en droit européen qu'en droit américain, la question de savoir si l'on ne doit augmenter que le prix du produit cible ou si l'on doit augmenter les prix de tous les produits contrôlés par le monopoleur hypothétique à chaque étape de l'élargissement du marché cible. NIELS discute longuement sur cette question en estimant que l'objectif du test SSNIP devrait être appliqué de manière itérative en ajoutant d'autres substituts, mais que l'augmentation du prix devrait être imposée uniquement sur le produit cible. G. NIELS, « The SSNIP Test: Some Common Misconceptions », *Competition Law Journal*, vol. 3, 2004, p. 267- 276, spéc. p. 271-272. Au contraire, DAVIS & GARCÉS est d'avis que l'augmentation du prix devrait être appliquée à tous les produits contrôlés par le monopoleur hypothétique. P. DAVIS & E. GARCÉS, *op.cit.*, p. 203-204. En discutant la mise en œuvre de l'analyse de la perte critique, DALJORD, SØRGARD & THOMASSEN remarquent que la CLA suppose généralement que les produits soient symétriques en termes de prix et de coût, et qu'elle se concentre uniquement sur une SSNIP uniforme imposée à tous les produits sur le marché cible. Ø. DALJORD, L. SØRGARD & Ø. THOMASSEN, « The SSNIP Test and Market Definition with the Aggregate Diversion Ratio: A Reply to Katz and Shapiro », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 2, 2008, p. 263-270.

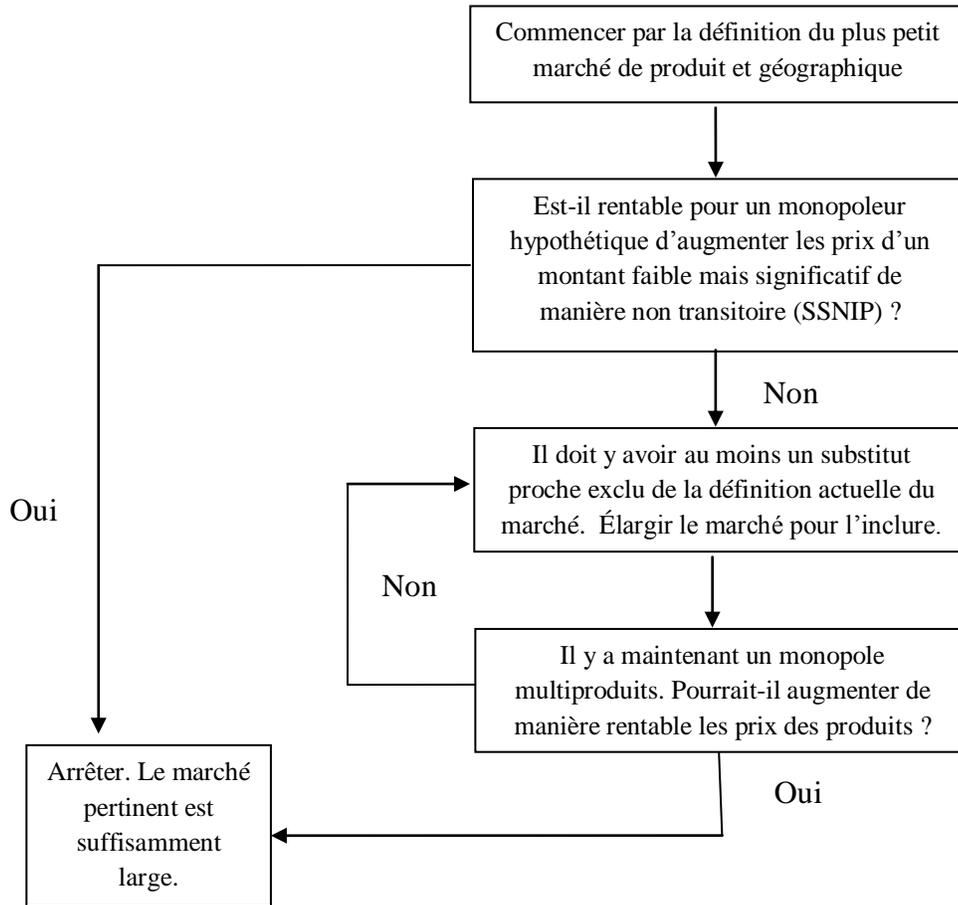
Supposons cette fois que le monopoleur hypothétique augmente conjointement les prix des eaux minérales plates, ceux des eaux minérales gazeuses et ceux des boissons gazeuses au goût d'orange de 5%. Supposons aussi que les boissons plates aux fruits soient le substitut le plus proche des boissons gazeuses au goût d'orange mais qu'elles n'exercent pas une contrainte concurrentielle suffisante pour rendre l'augmentation des prix du monopoleur hypothétique non rentable. Le marché pertinent est alors composé des eaux minérales plates, des eaux minérales gazeuses et des boissons gazeuses au goût d'orange. Le tableau ci-dessous montre l'application étape par étape du SSNIP à ce cas.

	Étape 1	Étape 2	Étape 3
Marché pertinent proposé	Eaux minérales plates	Eaux minérales plates + eaux minérales gazeuses	Eaux minérales plates + eaux minérales gazeuses + boissons gazeuses au goût d'orange
Question	Une augmentation hypothétique de prix de 5% des eaux minérales plates est-elle rentable ?	Une augmentation hypothétique de prix de 5% des eaux minérales plates et des eaux minérales gazeuses est-elle rentable ?	Une augmentation hypothétique de prix de 5% des eaux minérales plates, des eaux minérales gazeuses et les boissons gazeuses au goût d'orange est-elle rentable ?
Réponse	Non. Les eaux minérales gazeuses exercent une contrainte concurrentielle significative sur les eaux minérales plates.	Non. Les boissons gazeuses au goût d'orange exercent une contrainte concurrentielle significative sur les eaux minérales plates et les eaux minérales gazeuses.	Oui. Le marché composé des eaux minérales plates, des eaux minérales gazeuses et des boissons gazeuses au goût d'orange est donc accepté.

952. Il convient de noter que la même procédure s'applique pour délimiter le marché au côté de l'offre ainsi que le marché géographique. Avant d'entrer dans les détails de sa mise en œuvre, nous pouvons schématiser l'application du test SSNIP comme ci-dessous.

ii. Le schéma décisionnel

953. La procédure de prise de décision lors de l'utilisation du test SSNIP pour délimiter le marché pertinent peut être représentée par le schéma suivant.



Source : P. DAVIS & E. GARCÉS, 2010

954. Transition. Le test SSNIP est axé sur le nombre des consommateurs marginaux. Son objectif est de déterminer si les consommateurs d'un produit se tourneraient vers des produits de substitution disponibles ou vers des fournisseurs situés dans d'autres régions en réponse à une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix. Pour cela, plusieurs outils peuvent être mobilisés.

b. La mise en œuvre

955. Lors de leur examen d'une affaire de concurrence, que ce soit une opération de concentration ou un abus de position dominante, les autorités de concurrence ont besoin d'informations sur la substituabilité de l'ensemble des produits sur un marché. Pour répondre à cette demande, les économistes ont élaboré deux méthodes de base afin de caractériser la réactivité des ventes d'un produit à une hausse potentielle des prix. La première est l'élasticité-prix de la demande (i) et la seconde l'élasticité-prix croisée de la demande (ii). La question de savoir si un monopoleur hypothétique impose une SSNIP ne dépend pas seulement de la substituabilité du côté de la demande mais aussi de la marge bénéficiaire du monopoleur hypothétique. Une SSNIP est rentable si la marge bénéficiaire l'emporte sur la perte des ventes entraînée par l'augmentation de prix. Les économistes déterminent la relation entre ces deux facteurs et évaluent ainsi la rentabilité de l'augmentation de prix à l'aide de l'analyse de la perte critique (iii).

i. L'élasticité-prix de la demande

956. L'élasticité-prix se définit comme la variation relative de la demande d'un produit suite à une variation relative de son prix. On la formule comme suit¹³⁴⁰ :

$$\varepsilon_x = \frac{dQ_x/Q_x}{dP_x/P_x}$$

où ε_x désigne la valeur de l'élasticité-prix de la demande du produit x ,

Q_x la quantité du produit et P_x son prix

957. Comme la demande diminue en raison de l'augmentation du prix, l'élasticité-prix de la demande est toujours négative bien qu'elle soit habituellement exprimée en termes absolus. Considérons le cas d'une fusion sur le marché de téléphone mobile, une valeur ε_x de -0.3 indique une baisse de 0.3% des ventes de téléphone mobile pour chaque augmentation de 1% de son prix. Par conséquent, une augmentation de 10% de son prix conduit à diminuer sa demande de 3%. De même, une valeur de -5 signifie qu'une augmentation de 1% du prix du téléphone mobile entraîne une baisse de 5% de ses ventes. Une augmentation de 10% entraîne alors une baisse de 50% de ses ventes. Plus l'élasticité-prix de la demande est grande, plus la réduction des

¹³⁴⁰ E. COMBE, Economie et politique de la concurrence, préc., p. 339.

ventes en réponse à une augmentation du prix est élevée. Si la valeur absolue ε_x est supérieure à 1, une augmentation des prix entraîne une diminution des revenus. En revanche, si ε_x est inférieure à 1, une augmentation des prix entraîne une augmentation des revenus¹³⁴¹. Les économistes qualifient d'élastiques les courbes de demande¹³⁴² dont l'élasticité est supérieure à 1 et d'inélastiques celles dont l'élasticité est inférieure à 1¹³⁴³. Ainsi, dans notre exemple, la demande est qualifiée d'inélastique au prix lorsque l'élasticité ε_x est de -0.3% . Il n'existe donc pas de produits substituables au téléphone mobile et le marché en cause s'avère donc étroit. En revanche, la demande est élastique dans le cas où ε_x est de -5 et le marché devrait être élargi aux produits substituables.

958. La rentabilité d'une augmentation de prix par un monopoleur hypothétique dépend de deux facteurs économiques¹³⁴⁴ : le revenu gagné pour toutes les unités vendues au prix plus élevé et les économies de coûts sur les unités abandonnées. Toute augmentation de prix est rentable si le deuxième effet l'emporte sur le premier. En effet, une augmentation des prix pourrait entraîner une perte substantielle de ventes pour le monopoleur hypothétique, mais en même temps, elle pourrait permettre des économies de coûts. Tant que le volume des ventes diminue mais que les coûts de production diminuent encore plus, l'augmentation des prix peut encore être rentable.

959. Prenons l'exemple du marché des céréales du petit déjeuner¹³⁴⁵ : supposons que le prix actuel de la céréale Special K chocolat au lait 550g de la marque Kellogg's soit de 4 €. À ce niveau de prix, l'entreprise vend 1000 unités et génère donc un chiffre d'affaires de 4000 €. Supposons également que le coût marginal soit constant et égal à 3 € et qu'il n'y ait pas de coûts fixes. Les coûts totaux sont donc de 3000 € et les profits de 1000 €. Considérons maintenant l'impact de l'augmentation du prix à 5 €, soit une augmentation de 10%. Si l'élasticité-prix de la demande est de -6 , l'augmentation de 10% du prix entraîne une baisse de 60% des ventes (6×10), soit de 400 unités. Le nouveau chiffre d'affaire est donc de 2000 € (400 unités vendues à 5 €

¹³⁴¹ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 3-004, p. 55.

¹³⁴² La courbe de demande ici est celle de l'entreprise individuelle. Il existe une différence entre la courbe de la demande à laquelle est confrontée l'industrie dans son ensemble et celle à laquelle est confrontée une entreprise individuelle. En général, la courbe de demande de l'industrie est moins élastique que celle des entreprises individuelles. Il est tout à fait possible que la courbe de demande de l'industrie soit relativement inélastique, mais que la courbe de demande de chaque entreprise soit relativement élastique. En ce sens, v. S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 3-006, p. 56.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n°11-002, p. 550-551.

¹³⁴⁵ Nous empruntons, et adaptions légèrement, l'exemple évocateur utilisé par S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, n° 3-005, p. 55-56.

chaque) et les coûts totaux de 1200 € (400 x 3). Les profits passent de 1000 € à 800 € (2000 € – 1200 €). L'augmentation du prix entraîne donc une réduction des profits et n'est alors pas rentable. Cela suggère que la demande est élastique et le marché devrait être élargi aux produits substituables. Supposons maintenant que l'élasticité-prix de la demande soit de – 2 (c.à.d. moins élastique). Dans ce cas, les ventes ne baissent que 20% alors que les coûts de production baissent 80%. Les profits passent de 1000 € à 1600 €. La hausse des prix se traduit par conséquent par une augmentation des profits et est donc rentable. Il s'agit alors d'une demande peu élastique et le marché devrait être étroit.

960. L'impact de la hausse des prix sur les profits déterminé par l'élasticité-prix de la demande est illustré dans le tableau ci-dessous.

	Avant l'augmentation de prix (produit vendu au prix de 4 €)	Après l'augmentation de prix (produit vendu au prix de 5 €)	
		Elasticité	
		– 6	– 2
Unités vendues	1000	400	800
Chiffre d'affaire	4000	2000	4000
Coûts de production	3000	1200	2400
Profits	1000	800	1600

961. Il convient de rappeler que ce qui importe pour la délimitation du marché est la détermination de la part des consommateurs dits marginaux, qui peuvent changer leur comportement de la demande en fonction du prix, par rapport au nombre total de consommateurs qui achètent le produit. L'élasticité-prix de la demande peut fournir une réponse à la question de savoir si le nombre de consommateurs marginaux est suffisant pour rendre non rentable une hausse de prix légère mais significative et non transitoire. En particulier dans les affaires de concentrations, lorsque c'est l'augmentation potentielle des prix et non pas le prix concurrentiel qui est jugée, l'élasticité-prix de la demande peut être utilisée pour indiquer si la nouvelle entité issue de la concentration peut maintenir une augmentation permanente des prix de 5 à 10% et si la demande est suffisamment inélastique pour que les consommateurs s'en tiennent au produit, même à son prix élevé.

962. Trois éléments au moins rendent toutefois limitée l'utilisation de cette technique pour délimiter le marché pertinent. Alors que l'élasticité-prix de la demande est appliquée *ceteris paribus*, c.à.d. la quantité de produit est achetée à chaque prix et toutes choses égales par ailleurs,

la demande peut être affectée par de nombreux facteurs autres que le prix. De plus, l'élasticité-prix n'est pas la même à long et à court terme. Sa valeur est affectée par la période de temps retenue. Dans son application pratique, il faut s'assurer que ces deux éléments sont bien pris en compte et traités soigneusement. Enfin, il n'existe pas de fondement pour évaluer la signification d'un coefficient d'élasticité particulier¹³⁴⁶. Le paradigme du monopoleur hypothétique est mis en œuvre en appliquant, dans l'Union européenne, la condition de la rentabilité d'une augmentation de prix monopolistique, qui implique l'élasticité de la demande au prix monopolistique. Mais ce monopoleur n'est qu'hypothétique, il n'est donc pas possible de mesurer directement l'élasticité de la demande au prix du monopole. À cet égard, les économistes ont proposé d'utiliser comme seuil de l'élasticité-prix de la demande pour la rentabilité d'une augmentation de prix monopolistique l'élasticité critique de la demande¹³⁴⁷. Celle-ci est définie aux prix d'avant la concentration¹³⁴⁸ et représente comme seuil au-dessus duquel une augmentation de prix est rendue non rentable. Autrement dit, il s'agit de la plus grande élasticité-prix de la demande à laquelle le monopoleur hypothétique pourrait faire face et peut toujours augmenter ses prix de 5%. Pourtant, l'utilisation de l'élasticité critique de la demande pour délimiter les marchés a d'une portée limitée. Étant donné que le degré de pouvoir de marché est lié à la réciprocity de l'élasticité de la demande, les petites variations de l'élasticité de la demande sont d'une grande

¹³⁴⁶ Le tribunal de district Eastern District of Pennsylvania des États-Unis a jugé dans l'affaire *United States v. Mrs. Smith's Pie Co.* que l'estimation de l'élasticité de la demande pour les tartes au dessert glacées était complètement inutile, principalement parce qu'elle n'a aucun fondement pour évaluer la signification d'un coefficient d'élasticité particulier. *United States v. Mrs. Smith's Pie Co.*, 440 F. Supp. 220 (E.D. Pa. 1976), paras. 227-228.

¹³⁴⁷ Le terme a été introduit par F. I. JOHNSON, « Market Definition Under the Merger Guidelines: Critical Demand Elasticities », in R. O. ZERBE (dir.), *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 235-246. V. également B. C. HARRIS & J. J. SIMONS, « Focusing Market Definition: How Much Substitution Is Enough », p. 207-226.

¹³⁴⁸ L'élasticité critique de la demande est donnée par :

$$\varepsilon = - \frac{1 + t}{m + t}$$

où ε représente l'élasticité critique de la demande ; t l'augmentation proportionnelle du prix ; et m la marge

Si l'élasticité-prix de la demande du monopoleur hypothétique (après la concentration) est égale à l'élasticité critique de la demande (avant la concentration), le monopoleur hypothétique est indifférent à une augmentation du prix de t .

Si la première est supérieure à la seconde, cela signifie que la demande post-concentration est élastique et que l'augmentation du prix de t ne sera donc pas rentable.

Si la première est inférieure à la seconde, la demande post-concentration n'est pas élastique et l'augmentation du prix de t est donc rentable.

Voir G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », préc., Appendix ; J. CHURCH & R. WARE, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, McGraw-Hill Education, 2000, p. 607-609.

importance lorsqu'elles sont raisonnablement proches de 1¹³⁴⁹. En outre, un monopoleur hypothétique augmenterait normalement le prix de manière significative de plus de 5% lorsque l'élasticité-prix de la demande avant la concentration est juste un peu inférieure à la valeur critique. Cette technique peut être utile dans certains cas¹³⁵⁰ mais pas dans d'autres.

963. La seconde méthode utilisant l'élasticité pour caractériser la réactivité de la demande en réponse à une augmentation des prix est l'élasticité-prix croisée de la demande. Il s'agit d'une méthode dont l'importance pour la délimitation du marché pertinent est souvent discutée par les autorités de concurrence.

ii. L'élasticité-prix croisée de la demande

964. L'élasticité-prix croisée de la demande se concentre sur le degré de substituabilité entre deux produits. Elle se définit comme la variation relative de la demande d'un produit suite à une variation relative du prix d'un autre, soit¹³⁵¹ :

$$\varepsilon_{y,x} = \frac{dQ_y/Q_y}{dP_x/P_x}$$

où $\varepsilon_{y,x}$ désigne la valeur de l'élasticité-prix croisée de la demande du produit y suite à une variation du prix du produit x,
 Q_y la quantité du produit y et P_x le prix du produit x

965. La valeur de l'élasticité-prix croisée de la demande peut être positive ou négative. Une valeur positive indique que les produits X et Y sont des substituts puisqu'une augmentation du prix d'un produit entraîne une augmentation de la demande pour l'autre. Dans ce cas, si ε est supérieure à 1, les deux produits peuvent être considérés comme présentant une élasticité croisée forte et appartenant au même marché. En revanche, si la valeur ε est négative, cela signifie que X et Y sont des produits complémentaires car une hausse du prix d'un produit entraîne la baisse de la quantité demandée de l'autre. Par exemple, une hausse du prix de l'essence peut faire baisser

¹³⁴⁹ G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *op. cit.*, p. 392.

¹³⁵⁰ Par exemple dans les affaires dans lesquelles la décision stratégique des entreprises n'est pas tant de savoir combien vendre mais plutôt à qui vendre. Dans le secteur du transport aérien, les compagnies aériennes facturent plusieurs prix pour des sièges sur un même vol. Si moins de sièges sont vendus aux clients qui réservent au moins un certain nombre de jours à l'avance, plus de sièges seront vendus aux clients qui réservent moins de jours à l'avance. Ainsi, lorsque les prix des entreprises se répartissent entre différents types de consommateurs, vendre moins à un groupe ne signifie pas nécessairement produire moins, mais plutôt vendre plus à un autre groupe. Dans de tels cas, la formule de calcul de l'élasticité critique de la demande présentée ci-dessus peut ne pas s'appliquer.

¹³⁵¹ E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, préc., p. 340.

la demande d'automobiles. Si la valeur ε est égale à 0, les deux produits X et Y sont indépendants. L'augmentation du prix d'un produit n'affectant pas la demande de l'autre.

966. Ainsi par exemple, si une augmentation de 10% du prix des billets d'avion pour la liaison Paris-Londres entraîne une augmentation de 15% de la demande de voyages en train Eurostar, l'élasticité-prix croisée du rail par rapport au transport aérien entre les deux villes est de 1,5. Cette élasticité élevée est considérée comme indiquant une forte substituabilité entre le voyage aérien et le voyage en train et qu'ainsi ces deux moyens de transport forment un marché en cause.

967. La délimitation du marché basée sur l'analyse de l'élasticité-prix croisée de la demande pose la question de savoir si un produit donné se trouve sur le même marché qu'un autre. Avec cette question posée, il y a alors deux élasticités-prix croisées différentes qui ne sont pas nécessairement symétriques et dont l'amplitude pourrait différer considérablement¹³⁵², bien qu'elles ne soient généralement pas distinguées ni dans des décisions de la Commission européenne¹³⁵³ ni dans des arrêts du Tribunal et de la CJUE. Cela pose un problème qui n'est pourtant pas souvent abordé dans l'analyse de cette élasticité : il s'agit de savoir quelle élasticité-prix croisée est appropriée aux fins de l'analyse de la pression concurrentielle à laquelle une entreprise est soumise. En effet, supposons qu'une légère augmentation du prix du jus d'orange n'entraîne qu'une petite partie de ses ventes reportée vers le jus de pomme de sorte qu'un monopoleur de ce premier pourrait augmenter son prix de manière rentable. Supposons également qu'une légère augmentation du prix du jus de pomme entraîne une partie substantielle de ses ventes reportée vers le jus de pomme de sorte qu'un monopoleur de ce premier ne pourrait augmenter son prix de manière rentable. Dans cette situation, le jus d'orange est un marché en soi mais le jus de pomme ne l'est pas. Si la question posée est de savoir si le jus d'orange et le jus de pomme sont sur le même marché, il n'existe aucun moyen rationnel d'y répondre¹³⁵⁴. L'analyse de l'élasticité-prix croisée du jus d'orange par rapport au jus de pomme pourrait indiquer à tort que les deux produits se trouvent sur le même marché en cause. Par conséquent, il importe de préciser si c'est l'élasticité croisée du jus d'orange par rapport au prix du jus de pomme ou vice versa. Lorsque la question se pose de savoir si le marché du jus d'orange doit

¹³⁵² D. W. CARLTON & J. M. PERLOFF, *Modern Industrial organization*, préc., p. 648.

¹³⁵³ V. *infra*, n° 1088.

¹³⁵⁴ G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *op. cit.*, p. 402.

inclure le jus de pomme, la correcte élasticité-prix croisée de la demande doit être celle du jus d'orange par rapport au prix du jus de pomme.

968. Par ailleurs, la question de savoir si un produit donné se trouve sur le même marché qu'un autre tend à mettre l'accent sur l'importance concurrentielle individuelle des différents produits de substitution plutôt que sur l'importance concurrentielle collective de tous les produits de substitution. La conclusion tirée d'une telle analyse que deux produits appartiennent au même marché ou de marchés distincts prend le risque d'être réfutée et ce de manière importante. Il s'agit d'ailleurs d'un des plus grands enjeux de l'analyse de l'élasticité-prix croisée pour délimiter les marchés des produits différenciés¹³⁵⁵.

969. Plus important encore, l'analyse de l'élasticité-prix croisée de la demande ne permet pas de répondre directement à la question centrale de la délimitation du marché car elle n'indique pas dans quelle mesure la substitution est suffisante pour limiter la rentabilité d'un SSNIP. Lorsqu'une élasticité-prix croisée positive et élevée est constatée entre deux produits, il en déduit que les produits appartiennent au même marché. Il est cependant difficile de traduire l'ampleur de l'élasticité-prix croisée en une conclusion concrète concernant les limites de marché ou en un pouvoir de marché exercé par l'entreprise en cause auquel est destinée la délimitation du marché¹³⁵⁶.

970. D'autres difficultés doivent être prises en compte lorsque l'autorité décide d'utiliser l'analyse de l'élasticité-prix croisée de la demande pour délimiter le marché en cause. La réaction des consommateurs à une augmentation du prix d'un produit n'est pas toujours instantanée. Il se peut que deux produits soient substituables à long terme mais ne le soient pas à court terme, il est donc important de déterminer un délai pour mesurer l'élasticité-prix croisée. En général, il est recommandé de mesurer la réaction sur une période d'un à deux ans¹³⁵⁷. De plus, la valeur de l'élasticité dépend du prix de base retenu et n'est donc en général pas constante. Comme dans le cas de l'analyse de l'élasticité-prix de la demande, lorsqu'il s'agit d'estimer l'élasticité-prix croisée à partir de données historiques, il faut examiner soigneusement quelles autres variables sont susceptibles d'avoir un impact sur la demande du produit considéré,

¹³⁵⁵ V. *supra*, n° 368 et s.

¹³⁵⁶ G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *op. cit.*, p. 401-402.

¹³⁵⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, *op. cit.*, p. 562.

à part son prix et le prix des produits de substitution. À ceci s'ajoute le problème du *sophisme de la cellophane*¹³⁵⁸. Une difficulté probatoire, qui est d'ailleurs commune des méthodes économétriques, concerne les données requises à la mise en œuvre de la méthode. Il est en effet rarement possible d'obtenir des données et une stabilité statistique suffisante pour mesurer l'élasticité-prix croisée¹³⁵⁹.

971. Il existe une relation directe entre l'élasticité-prix croisée de la demande et l'élasticité-prix de la demande. L'élasticité-prix de la demande d'un produit est la somme de toutes les élasticité-prix croisées de la demande pour ce produit¹³⁶⁰. Toutes choses égales par ailleurs, plus l'élasticité-prix croisée de la demande est grande, plus l'élasticité-prix de la demande est grande en valeur absolue¹³⁶¹. Lorsque l'élasticité-prix du produit considéré, par exemple le produit X, est suffisamment élevée pour laisser penser qu'un monopoleur hypothétique n'augmenterait pas les prix de X de manière faible mais significative, il devient important de préciser quels produits exercent une contrainte sur X. Les élasticité-prix croisées pourraient aider à identifier les proches substituts¹³⁶². En effet, la communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause précise le processus de définition du marché qui commence par un marché cible restreint composé de(s) produit(s) en question et ajoute les meilleur(s) substitut(s), un à la fois, jusqu'à ce qu'un monopoleur hypothétique optimisant son bénéfice sur l'un des produits effectue une SSNIP sur au moins l'un de ces produits. Pour le mettre en œuvre, il est essentiel de classer les substituts par ordre de proximité. Les élasticité-prix croisées de la demande jouent un rôle central dans ce classement¹³⁶³.

972. Les juges et les autorités tant européens¹³⁶⁴ qu'américains¹³⁶⁵ accordent une grande importance à l'analyse de l'élasticité-prix croisée de la demande et y ont recours en vue de délimiter le marché pertinent dans leurs décisions.

¹³⁵⁸ Pour les détails, v. *infra*, n° 987.

¹³⁵⁹ M. GLASSMAN, « Market Definition as a Practical Matter », préc., p. 1156.

¹³⁶⁰ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 58; G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *op. cit.*, p. 398.

¹³⁶¹ D. W. CARLTON & J. M. PERLOFF, *Modern Industrial organization*, *op. cit.*, p. 648.

¹³⁶² D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*, préc., p. 184.

¹³⁶³ G. J. WERDEN, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *op. cit.*, p. 403 et s.

¹³⁶⁴ V. *infra*, n° 1115 et s.

¹³⁶⁵ *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 612 (1953), note bas de page 31: « For every product substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn narrowly to exclude any other product to which, within reasonable variations in price, only a limited number of buyers will turn; in technical terms, products whose "cross-elasticities of demand" are small »; *United*

973. Transition. Après l'estimation et le calcul des élasticités des prix du côté de la demande, il convient d'évaluer la rentabilité de l'augmentation hypothétique des prix afin de déterminer si le marché doit être élargi.

iii. L'analyse de la perte critique

974. L'analyse de la perte critique¹³⁶⁶ fait référence au volume de la vente perdue qui rendrait non rentable une SSNIP imposée par un monopoleur hypothétique. Cette méthode est souvent mal comprise en étant vue comme une alternative au TMH mais il s'agit en fait d'un moyen de mise en œuvre de ce dernier¹³⁶⁷. La CLA ne répond pas directement à la question de savoir si une SSNIP est rentable mais examine la condition nécessaire pour qu'une SSNIP soit rentable ou non. La question qui doit se poser dans cette analyse est la suivante : dans quelle mesure les ventes doivent-elles baisser pour qu'une augmentation de prix de x % ne soit pas rentable ? La CLA indique donc le volume maximal de ventes auquel le monopoleur hypothétique peut réaliser le même bénéfice qu'avant l'imposition d'une SSNIP.

975. Le calcul de la perte critique¹³⁶⁸ nécessite d'équilibrer deux effets produits par une augmentation de prix qui vont dans des directions opposées : une augmentation de la marge bénéficiaire réalisée sur toutes les unités vendues et une réduction de la quantité vendue. La perte critique est la réduction en pourcentage de la quantité qui équilibre ces deux effets. Dans le cas des produits homogènes¹³⁶⁹, elle peut être formulée comme suivant¹³⁷⁰ :

States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 400 (1956): « An element for consideration as to the cross-elasticity of demand between products is the responsiveness of the sales of one product to price changes of the other. If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number of customers of other flexible packaging materials to switch to cellophane, it would be an indication that a high cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market » ; *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 325 (1962) : « The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it » ; *New York v. Kraft Gen. Foods, Inc.*, 926 F. Supp. 333 (S.D.N.Y. 1995): « Cross-price elasticity is a more useful tool than own-price elasticity in defining a relevant antitrust market. Cross-price elasticity estimates tell one where the lost sales will go when the price is raised, while own-price elasticity estimates simply tell one that a price increase would cause a decline in volume ».

¹³⁶⁶ Le terme et la méthode ont été développés par B. C. HARRIS & J. J. SIMONS, « Focusing Market Definition : How Much Substitution Is Necessary ? », *op. cit.*

¹³⁶⁷ M. B. COATE & J. H. FISCHER, « A Practical Guide to the Hypothetical Monopoly Test for Market Definition », préc., p. 1040.

¹³⁶⁸ Comme le TMH appliqué en droit européenne de la concurrence repose sur la rentabilité d'une SSNIP, la perte critique est donc celle de seuil de rentabilité. En revanche, le TMH appliqué aux États-Unis repose sur l'optimisation du bénéfice, la perte critique est donc celle d'optimisation du bénéfice.

¹³⁶⁹ Pour le calcul de la perte critique lorsque des produits différenciés sont concernés, voir *supra*, n° 386.

$$CL = \frac{S}{S+m}$$

où S est l'augmentation de prix exprimée en pourcentage et m la marge initiale

976. Pour déterminer si une SSNIP est rentable, il faudra comparer la perte critique à la perte effective escomptée que l'entreprise subirait en augmentant les prix. Si cette dernière est supérieure à la première, la SSNIP n'est alors pas rentable et le marché pertinent devra être élargi. La CLA s'effectue donc en quatre étapes : (i) évaluation de la marge bénéficiaire du monopoleur hypothétique avant l'augmentation du prix ; (ii) détermination de la perte critique ; (iii) évaluation de la perte effective escomptée ; et (iv) comparaison de la perte critique à la perte effective escomptée.

977. En ce qui concerne la première, la marge bénéficiaire pour le calcul de la perte critique fait l'objet de vifs débats dans la pratique. La dérivation de la formule ci-dessus suppose que le coût marginal du monopoleur hypothétique demeure constant de sorte que chaque unité qu'il vend à un prix donné génère la même marge incrémentale. Cela soulève deux difficultés. La première consiste dans le fait que la marge incrémentale n'est généralement pas déclarée dans les comptes des entreprises. Ceux-ci comprennent normalement des coûts fixes (frais de personnel, frais administratifs, etc.) qui ne varient pas en fonction du nombre d'unités vendues. Ainsi, la marge pour l'analyse de la perte critique peut être supérieure aux marges calculées et déclarées dans les comptes des entreprises¹³⁷¹. La seconde concerne certaines industries dans lesquelles l'hypothèse selon laquelle les marges sont constantes peut ne pas être satisfaite, soit parce que les prix ne sont pas constants, soit en raison de non-linéarités dans les coûts. Les coûts non linéaires sont concernés dans la mesure où les entreprises sont en mesure d'éliminer une partie de leurs coûts fixes en cas de réduction de volumes de ventes à la suite d'une SSNIP¹³⁷². Par conséquent, lorsque les charges fixes peuvent être économisées, une SSNIP peut être intéressante à des niveaux de perte de demande plus élevés que ce à quoi donne une CLA réalisée sur la base d'une marge constante. Dans de tels cas, la perte critique de la demande sera supérieure à ce que les formules ci-dessus impliqueraient. Cela résulterait à tort que la perte critique calculée est trop

¹³⁷⁰ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁷¹ D. GORE, S. LEWIS, A. LOFARO & F. DETHMERS, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, préc., p. 57.

¹³⁷² *Ibid.*

élevée pour permettre une SSNIP rentable et qu'ainsi le marché doit être élargi. Or en réalité, le monopoleur hypothétique pourrait augmenter leurs prix et ce de manière rentable¹³⁷³.

978. Lors de la deuxième étape – la détermination de la perte critique, il est important de garder à l'esprit que si les marges initiales sont élevées, chaque unité de moins dans les ventes est associée à une baisse importante des bénéfices et la perte critique obtenue sera donc faible. Cela pourrait conduire les parties à la concentration à faire valoir que, compte tenu de la marge importante, une augmentation de prix ne peut pas être rentable et que le marché doit donc être élargi. Cette question est liée au sophisme de cellophane parce que si la marge est élevée, cela signifie que le pouvoir de marché est probablement déjà exercé. L'effet produit par une augmentation de prix à partir d'un niveau de prix déjà supra-concurrentiel pourrait conduire à une conclusion erronée de la délimitation du marché¹³⁷⁴. Le choix du niveau d'augmentation de prix influence également le seuil de la perte critique. Une SSNIP de 5% entraîne une perte effective inférieure à celle de 10% mais la perte critique sera également inférieure. Le tableau ci-dessous montre la variation du seuil de la perte critique en fonction de la marge et de la SSNIP choisie.

Marge brute (%)	SSNIP	
	5%	10%
100	4.8%	9.1%
90	5.3%	10.0%
80	5.9%	11.1%
70	6.7%	12.5%
60	7.7%	14.3%
50	9.1%	16.7%
40	11.1%	20.0%
30	14.3%	25.0%
20	20.0%	33.3%
10	33.3%	50.0%

Source : S. BISHOP & M. WALKER, 2010.

¹³⁷³ *Ibid.* En ce qui concerne la marge concernée pour le calcul de la perte critique, v. également S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 554 et s.

¹³⁷⁴ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, préc., p. 212. V. également D. P. O'BRIEN & A. L. WICKELGREN, « A Critical Analysis of Critical Loss Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 1, 2003, p. 161-184; J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Improving Critical Loss Analysis », *The Antitrust Source*, 2008, p. 1-17.

979. Quant à l'évaluation de la perte effective escomptée, il est nécessaire de prévoir les réactions probables des entreprises concurrentes du même produit, de celles produisant des produits de remplacement, ainsi que des consommateurs. À cet égard, les élasticités-prix de la demande (l'élasticité-prix et l'élasticité-prix croisée) sont des facteurs clé¹³⁷⁵. La perte effective est définie comme le pourcentage de perte dans les ventes unitaires qui résulterait d'une SSNIP. Elle est calculée comme suit¹³⁷⁶ :

$$AL = X * (E_{own} - E_{cross})$$

où X est la SSNIP, E_{own} l'élasticité-prix de la demande du produit 1 et E_{cross} son élasticité-prix croisée de la demande.

980. En pratique, étant donné que l'analyse des élasticités-prix de la demande n'est pas toujours réalisable en raison de disponibilité des données requises mais aussi de temps pour l'effectuer, l'indice de *Lerner* est souvent utilisé. Il stipule que si le prix d'un produit est fixé de façon à maximiser les profits tiré de ce produit, la marge brute sera l'inverse de l'élasticité de la demande du produit¹³⁷⁷. Cette relation permet de calculer directement l'élasticité-prix de la demande de l'entreprise en estimant la marge du produit¹³⁷⁸. Toutefois, cette méthode n'a pas obtenu l'unanimité des économistes¹³⁷⁹.

¹³⁷⁵ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, p. 116, notent que la perte critique ne dépend pas de l'élasticité de la demande à laquelle est confrontée le monopoleur hypothétique mais la perte effective dépend certainement à ce facteur.

¹³⁷⁶ D. P. O'BRIEN & A. L. WICKELGREN, « A Critical Analysis of Critical Loss Analysis », *op. cit.* Il convient de souligner que la CLA standard ne tient pas compte de l'élasticité-prix croisée de la demande. Toutefois, celle-ci doit être, selon les auteurs, prise en compte dans l'évaluation de la perte effective. Dans le TMH décrit dans la communication sur la définition du marché en cause, le monopoleur hypothétique contrôle plusieurs produits. Alors, on ne peut répondre à la question de savoir si une SSNIP serait rentable sans tenir compte des élasticités-prix croisées entre les produits contrôlés par le monopoleur. De même, puisqu'une fusion modifie l'ensemble des produits sous le contrôle d'une entreprise, l'évaluation de la rentabilité d'une SSNIP post-fusion doit tenir compte des élasticités-prix croisées.

¹³⁷⁷ J. FARRELL & C. SHAPIRO, « Improving Critical Loss Analysis », *op. cit.*, p. 4. Selon les auteurs, si on peut utiliser l'indice *Lerner*, la perte effective escomptée est égale à $AL = (1 - A) (s/m)$, où A représente le pourcentage des ventes perdues du produit en question, captés par d'autres produits sur le marché cible, lorsque le monopoleur hypothétique impose une SSNIP ; s est le niveau d'augmentation de prix (la SSNIP) et m la marge avant la concentration.

¹³⁷⁸ M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 124.

¹³⁷⁹ Les arguments contre l'utilisation de l'indice *Lerner* ont été présentés par D. SCHEFFMAN & J. SOMONS, « The State of Critical Loss Analysis : Let's Make Sure We Understand the Whole Story », *The Antitrust Source*, nov. 2003; J. BAKER, « Market Definition: An Analytical Overview », *op. cit.*, p. 142, note 49.

981. Certains auteurs¹³⁸⁰ estiment qu'il est possible d'évaluer la perte effective à l'aide d'information sur la réactivité de la demande fondée sur les décisions prises par les entreprises en matière de prix avant la fusion. Il s'agit de l'information sur les « *préférences révélées*¹³⁸¹ ». Dans ce cas, on peut faire des inférences sur la sensibilité de la demande telle qu'elle a été évaluée par une entreprise à partir du choix du prix qu'elle a fait avant l'opération. En particulier, si une entreprise choisit une marge élevée sur son produit, elle pense manifestement que la demande de son produit n'est pas très sensible¹³⁸². Une autre manière d'évaluation de la perte effective consiste à utiliser les données qualitatives montrant que les consommateurs se sont retournés ou ont envisagé de se retourner vers des produits ou des régions alternatifs en réponse de l'augmentation du prix. De telles preuves peuvent être obtenues à partir d'enquêtes auprès de consommateurs ou des sources tierces¹³⁸³. Si ce type de preuve est considéré comme préférable par certains auteurs, certains autres estiment que le simple fait de prétendre que certains clients ne sont pas disposés à changer de fournisseur ne constitue pas une preuve suffisante car cela ne prouve pas que d'autres clients ne réagissent pas à une augmentation de prix et rend donc probablement cette augmentation non rentable¹³⁸⁴. De manière générale, l'analyse de la perte critique vise à quantifier les pertes critiques et les pertes effectives avec des données sur les ventes et les coûts¹³⁸⁵, et les preuves qualitatives disponibles sont utilisées pour vérifier les résultats obtenus.

982. Après avoir calculé la perte critique et la perte effective, il faut procéder à la comparaison de ces deux résultats. Si la perte effective est inférieure à la perte critique, la SSNIP serait rentable et le marché pertinent est constitué par le seul produit cible¹³⁸⁶. Il est évident que la

¹³⁸⁰ M. L. KATZ & C. SHAPIRO, « Critical Loss: Let's Tell the Whole Story », *Antitrust*, spring 2003, p. 49-56; D. P. O'BRIEN & A. L. WICKELGREN, *op. cit.*

¹³⁸¹ « Les préférences révélées » désignent les préférences des consommateurs qui sont révélées par l'observation de leurs choix et par l'explication de ces choix compte tenu des caractéristiques des consommateurs et de l'ensemble des choix possibles dont ils disposaient. V. P. DAVIS & E. GARCÉS, *op. cit.*, p. 193.

¹³⁸² M. L. KATZ & C. SHAPIRO, « Critical Loss: Let's Tell the Whole Story », *op. cit.*, p. 4.

¹³⁸³ V. *supra*, n° 740.

¹³⁸⁴ M. B. COATE & J. H. FISCHER, « A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition », *préc.*, p. 1042.

¹³⁸⁵ À cet égard, il est important de souligner que la substitution tant du côté de la demande que du côté de l'offre doit être prise en compte dans le calcul de la perte effective. La prise en considération systématique de la substituabilité de l'offre lors de la délimitation du marché est donc nécessaire. En ce sens, v. *infra*, n° 1204.

¹³⁸⁶ DAVIS & GARCÉS, *op. cit.*, constatent qu'il est possible, et parfois approprié, de réaliser une analyse de la perte critique en terme de caractéristiques du produits autre que le prix. Cette analyse a été présentée par les parties à la concentration *Sportech/Vernons* à la Commission britannique de la concurrence, voir Competition Commission,

fiabilité de la conclusion tirée de cette quatrième étape dépend essentiellement de l'exactitude de l'analyse au cours des trois premières étapes.

983. Bien qu'elle ne soit pas souvent appliquée explicitement par la Commission, la CLA a récemment commencé à gagner du terrain dans sa pratique en matière de contrôle des concentrations.

984. Conclusion du b. Depuis son introduction dans la jurisprudence du droit de la concurrence il y a soixante ans, le concept d'élasticité de la demande est devenu maintenant plus qu'un simple concept antitrust. Il est utilisé fréquemment pour délimiter les marchés en cause mais aussi pour évaluer le pouvoir de marché et analyser les effets concurrentiels des opérations de concentration et des pratiques anticoncurrentielles. Tandis que l'élasticité-prix de la demande permet de mesurer directement la demande perdue lorsqu'un monopoleur hypothétique augmente ses prix et ainsi d'indiquer si la demande est suffisamment inélastique pour que l'augmentation des prix soit rentable, l'élasticité-prix croisée de la demande permet de classer les substituts potentiels et d'ajouter le substitut le plus proche au marché cible afin d'appliquer le test du monopoleur hypothétique à ce marché élargi. Bien que le rôle de ces deux types d'élasticités de la demande dans la délimitation du marché fasse souvent l'objet de discussion, pour de nombreux économistes, la meilleure façon de définir un marché pertinent est de construire un modèle économétrique afin d'estimer les élasticités-prix croisées de la demande¹³⁸⁷. Cette méthode est par ailleurs une méthode économique qui se voit accordée une grande importance par les autorités de concurrence. Plus récemment, la technique de CLA se voit émergée dans la pratique de la Commission en matière de contrôle des concentrations. Elle permet de déterminer la relation entre la marge bénéficiaire et le volume de la vente perdue qu'entraîne une SSNIP et ainsi de déterminer le seuil auquel un monopoleur hypothétique est encore incité à imposer une SSNIP. Malgré certaines limites, l'intuition qui sous-tend la perte critique et son application sont relativement simples. La CLA s'adapte par ailleurs facilement aux marchés de produits différenciés.

« A report on the anticipated acquisition by Sportech plc of the Vernons football pools business from Ladbrokes plc », oct. 2007.

¹³⁸⁷ L. PROSPERETTI, « Market Definition: The Economic Approach », invited paper at the Association of European Competition Law Judges Conference, Rotterdam, 15 June 2007, p. 12.

985. Transition. La mise en œuvre du test TMH n'est pas exempte de difficultés pour lesquelles la délimitation du marché pertinent à l'aide de ce test a fait l'objet de nombreuses critiques.

c. Les difficultés

986. L'emploi du TMH soulève, comme d'autres méthodes, des difficultés relatives à la disponibilité des données requises, à la méthode de mise en œuvre pour les obtenir et à la mise en œuvre du test. Ces difficultés mises à part, la délimitation du marché pertinent à l'aide du test SSNIP entraîne les problèmes inhérents à savoir la chaîne de substitution et l'absence de la prise en compte des contraintes concurrentielles collectives par la méthode d'élasticité-prix croisée de la demande. Ces problèmes étant analysés dans le chapitre précédent, les développements qui suivent se concentrent sur deux autres problèmes aussi majeurs du TMH qui sont la détermination du prix de référence (i) et la substitution asymétrique (ii).

i. Le prix de référence et le sophisme de cellophane

987. Le TMH se préoccupe de l'analyse d'une augmentation des prix sur un marché cible par rapport au prix concurrentiel. Toutefois, si la concurrence sur le marché cible en question n'est pas effective, le prix observé sur ce marché est susceptible d'être supérieur au niveau concurrentiel. Pour des opérations de concentration, l'analyse se concentre sur la question de savoir si les parties à la concentration pourraient augmenter leurs prix et auraient ainsi un pouvoir de marché significatif. Elle s'inscrit donc dans une démarche prospective et prend le prix en vigueur (*prevailing level*) comme prix de référence à partir duquel l'augmentation de prix est calculée¹³⁸⁸. En revanche, dans les affaires d'abus de position dominante et d'entente, l'analyse est rétrospective. Elle porte sur la question de savoir si les entreprises en cause détiennent actuellement un pouvoir de marché. Dans ce cas, le prix en vigueur peut être déjà supérieur au niveau concurrentiel. De nouvelles hausses de prix pourraient conduire les consommateurs à choisir des substituts qu'ils ne considéreraient pas comme une alternative si les prix étaient à des niveaux concurrentiels¹³⁸⁹. L'inclusion de ces substituts dans le marché entraînerait une

¹³⁸⁸ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 19.

¹³⁸⁹ Même lorsqu'un produit n'a pas de substitut proche, si le prix est déjà élevé et qu'une hausse hypothétique du prix se produit, les consommateurs auraient tendance à se tourner plus facilement vers des substituts de qualité inférieure que si l'augmentation du prix avait été d'un niveau nettement inférieur.

délimitation de marché trop large et qui ne reflète pas correctement le pouvoir de marché des entreprises en cause. Il s'agit du fameux *sophisme de cellophane*¹³⁹⁰.

988. Selon le sophisme de cellophane, les substituts éloignés apparaissent comme représentant une contrainte efficace sur un marché cible simplement parce que les prix sur ce marché ont déjà été augmentés jusqu'au niveau où l'alternative la plus proche, même si elle est à l'extérieur du marché pertinent bien défini, empêche de nouvelles augmentations de prix. Cela pose un problème de fond lorsqu'il s'agit de délimiter les marchés dans le cadre d'abus de position dominante et d'entente en utilisant comme référence le prix en vigueur. En effet, le SSNIP s'applique pour évaluer la rentabilité d'une augmentation de prix à partir de conditions concurrentielles, c.à.d. à partir de prix et de marges concurrentiels. Or, nous ne savons peut-être pas ce que les conditions de concurrence sont alors que les hypothèses sur le niveau de prix concurrentiel déterminent la conclusion sur la délimitation du marché. En particulier, si l'on détermine que les prix réels sont supérieurs de plus de 5% aux prix concurrentiels non observés sur le marché, on va conclure que celui-ci constitue le marché pertinent et que l'entreprise en cause dispose d'un pouvoir de marché significatif. Malheureusement, une telle approche serait entièrement circulaire¹³⁹¹.

989. Alors que le sophisme de cellophane est un problème majeur dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles, il n'apparaît que rarement comme question centrale dans les affaires de concentrations¹³⁹². Une situation exceptionnelle dans laquelle le sophisme de cellophane peut se produire dans ces dernières est celle où une ou plusieurs des parties à la concentration possèdent déjà un pouvoir de marché significatif avant l'opération. Cette situation est prise en compte dans la communication de la Commission européenne sur la définition du

¹³⁹⁰ L'expression *sophisme de cellophane* découle de l'affaire *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, préc., dans laquelle il était à déterminer si cellophane constituait le marché en cause. À l'époque, du Pont représentait 75% des ventes de cellophane aux États-Unis et que 20% des ventes d'autres matériaux d'emballage souples. La Cour Suprême américaine a statué en faveur de du Pont en acceptant sa délimitation du marché large constitué de tous les matériaux d'emballage souples et en jugeant ainsi qu'elle ne détenait pas de pouvoir de marché significatif sur ce marché. La raison en était qu'aux niveaux de prix en vigueur, la Cour a trouvé que l'élasticité-prix croisée de la demande entre la cellophane et d'autres matériaux d'emballage était élevée. Elle a conclu qu'il était justifié d'inclure ces derniers dans le marché pertinent. Cette décision a fait l'objet de vives critiques car la Cour a omis le fait que les prix à partir desquels l'élasticité-prix croisée de la demande a été calculée étaient déjà bien supérieurs aux prix qui prévaudraient en l'absence de l'infraction (si le marché était concurrentiel).

¹³⁹¹ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, préc., p. 208. V. également, J. B. BAKER, « Market Definition : An analytical overview », préc., p. 159 et s.

¹³⁹² R. A. POSNER, *Antitrust Law: An Economics Perspective*, University of Chicago Press, 1976, p. 128-129.

marché en cause qui ne précise pourtant pas comment cela sera fait ¹³⁹³. Ainsi, le test SSNIP s'applique en général plus efficacement en vue de la délimitation du marché pertinent dans le cadre du règlement 139/2004 puisque la Commission prend comme prix de référence le prix en vigueur qui est tout à fait observé sur le marché.

990. Certaines solutions au problème du sophisme de cellophane ont été proposées. Elles portent sur la redétermination du prix de référence à partir duquel les contraintes concurrentielles sont évaluées. Une solution fréquemment préconisée est d'employer le prix concurrentiel hors infraction comme prix de référence plutôt que le prix en vigueur. Il est cependant rarement possible de déterminer le prix concurrentiel¹³⁹⁴. Les économistes ont tendance de prendre le coût marginal comme niveau de prix concurrentiel puisque dans une concurrence parfaite, les prix sont égaux au coût marginal. Toutefois, il existe de nombreux marchés sur lesquels les prix sont fixés au-dessus des coûts marginaux mais qui peuvent quand même être considérés comme concurrentiels. Dans ce cas, pour obtenir une meilleure approximation du niveau de prix concurrentiel, il faudrait effectuer une analyse de la rentabilité sur une période plus longue. Une telle analyse rend toutefois redondante la procédure de délimitation du marché¹³⁹⁵.

991. Une autre solution réside dans le recours à des marchés comparables. S'il existe un marché concurrentiel pour le même produit dans une autre région, le prix en vigueur dans cette région pourrait être utilisé comme référence de prix concurrentiel. Il est bien cependant difficile de trouver un marché qui corresponde en tous points à celui étudié¹³⁹⁶.

992. Il est par ailleurs possible que l'on assiste à un *sophisme de cellophane inversé*. FROEB et WERDEN soulignent que des difficultés peuvent survenir lorsque le prix en vigueur est inférieur au prix concurrentiel¹³⁹⁷. À des prix inférieurs au prix concurrentiel, les consommateurs peuvent penser que le choix entre deux produits est particulièrement évident et des variations

¹³⁹³ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt. 19.

¹³⁹⁴ En ce sens, voir S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, chapitres 2 et 3.

¹³⁹⁵ G. NIELS, H. JENKINS & J. KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, préc., p. 56. Si l'on connaît le prix concurrentiel hors infraction, il est possible d'évaluer directement le pouvoir de marché en le comparant avec le prix effectif. En ce qui concerne les méthodes d'évaluation du pouvoir de marché employant des prix concurrentiels comme prix de référence, voir J. A. HAUSMAN & J. G. SIDAK, « Evaluating Market Power Using Competitive Benchmark Prices Instead of the Herfindahl-Hirschman Index », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n° 2, 2007, p. 387-407.

¹³⁹⁶ OCDE, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, 2012, p. 42.

¹³⁹⁷ L. M. FROEB & G. J. WERDEN, « The Reverse Cellophane Fallacy in Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, vol. 7, n° 2, 1992, p. 241-247.

légères du prix relatif n'entraînent donc que peu de changements entre les produits. Dans ce cas, il est possible que le marché pertinent soit délimité de manière trop étroite. Cela peut conduire à une surestimation du pouvoir de marché de l'entreprise. Cette difficulté peut survenir particulièrement dans les affaires de prix prédateurs.

993. En Europe, la pratique décisionnelle de la Commission depuis l'entrée en vigueur de la communication sur la définition du marché en cause ne donne guère à penser qu'elle est pleinement consciente des problèmes pratiques soulevés par le sophisme de cellophane ou qu'elle sait comment les traiter¹³⁹⁸. Dans l'affaire MasterCard¹³⁹⁹ relevant de l'article 101 TFUE, la Commission n'a pas appliqué le test SSNIP lors de sa délimitation du marché pertinent compte tenu de ce problème. Il serait erroné d'ignorer les implications du sophisme de cellophane dans la délimitation du marché dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles car cela conduirait à une délimitation trop large du marché. Toutefois, il serait également erroné de penser que le test SSNIP ne s'applique plus en raison de ce problème^{1400 1401}.

994. Transition. Que ce soit dans les affaires d'abus de position dominante, d'entente ou de concentration, une autre difficulté du test SSNIP réside dans la substitution asymétrique.

ii. La substitution asymétrique

995. Le test SSNIP implique la substitution à sens unique, ce qui peut rendre les marchés pertinents délimités asymétriques. Le fait que le produit A exerce une contrainte concurrentielle sur le produit B n'implique pas nécessairement que le produit B exerce une contrainte concurrentielle sur le produit A. Par conséquent, il est important d'identifier clairement le produit cible car le résultat tiré du test peut varier selon l'ordre dans lequel les marchés pertinents cibles sont évalués. Lors de l'application du test SSNIP, la question qui doit se poser n'est pas si

¹³⁹⁸ Les problèmes ont été exceptionnellement discutés dans le document de travail de la Commission européenne sur l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives de 2005. La discussion a toutefois été exclue de la communication – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 fév. 2009.

¹³⁹⁹ Décision de la Commission du 19 déc. 2007, COMP/34.579, *MasterCard*, JOUE C 264 du 6 nov. 2009.

¹⁴⁰⁰ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2010, op. cit., n° 4-020, p. 128.

¹⁴⁰¹ En fait en théorie, le sophisme de cellophane ne se produit que lorsque le prix en vigueur sont au niveau du monopole ou très proche de celui-ci. Si les prix sont inférieurs de plus de 5 à 10% au niveau du monopole, un monopoleur hypothétique pourrait imposer une SSNIP. Dans ce cas, le sophisme de cellophane ne se produit pas. La question maintenant est de savoir comment on peut savoir où les prix en vigueur se situent par rapport au niveau du prix monopolistique.

les produits A et B se trouvent sur le même marché mais si le produit B se trouve sur le marché du produit A. Dans ce cas, le produit cible est A. Si, à l'inverse, B est le produit cible, la question sera de savoir si le produit A se trouve sur le marché du produit B¹⁴⁰².

996. La Commission européenne s'est confrontée au problème de marchés pertinents asymétriques dans un certain nombre d'affaires dans lesquelles elle trouvait des preuves de substitution entre le produit considéré et d'autres mais pas l'inverse.

997. Conclusion du c. Le sophisme de cellophane et la substitution asymétrique sont parmi les difficultés inhérentes au TMH. En ce qui concerne le sophisme de cellophane, elle apparaît comme un problème majeur dans les affaires d'abus de position dominante mais pas, ou très rarement, dans les affaires de contrôle des concentrations. De plus, le fait que si elle est un problème réel dépend également de la nature d'une affaire relevant de l'article 102 TFUE. Plusieurs solutions ont été proposées pour remédier ce problème. Toutefois, elles ne permettent pas de le résoudre de manière entièrement satisfaisante. Bien que cette difficulté ne soit pas entièrement évitée lors de l'application du TMH, la délimitation du marché à l'aide de ce test demeure nécessaire pour structurer notre réflexion de manière économiquement cohérente¹⁴⁰³. En ce qui concerne la substitution asymétrique, les résultats lors de l'application du TMH dépend du point de départ utilisé pour effectuer le test SSNIP. Il importe donc de déterminer le produit cible et de poser la bonne question de savoir si l'autre produit se trouve sur le marché du produit cible et non pas celle de savoir si les deux produits se trouvent sur un même marché.

998. Conclusion du 1. Dans l'ensemble, le TMH fournit un cadre analytique standard rigoureux pour la délimitation du marché pertinent. Il permet, d'une part, de calculer les élasticités de la demande sur la base des analyses économiques, et d'autre part, de prendre en considération des facteurs de concurrence non économiques (la réaction des consommateurs dépendant non seulement du prix du produit mais aussi de sa qualité). Il existe toutefois diverses méthodes possibles de la mise en œuvre du test et les résultats obtenus peuvent dépendre de la méthode choisie. En théorie, le TMH délimite la frontière des marchés en évaluant si un monopoleur hypothétique pourrait imposer une SSNIP de manière rentable. Pour cette évaluation, les élasticité-prix et élasticité-prix croisée de la demande sont deux méthodes de base

¹⁴⁰² V. *supra*, n° 956.

¹⁴⁰³ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 4-022, p. 129.

mais elles seules ne permettent pas de répondre à la question posée. Il faut encore évaluer si ces élasticités sont suffisantes pour que la SSNIP soit rentable. L'analyse de la perte critique vient par conséquent les compléter. Le sophisme de cellophane et la substitution asymétrique sont parmi les problèmes inhérents au TMH. Alors que le premier est certes difficile à remédier, le second peut être résolu lorsque le produit cible est bien identifié et que la bonne question est posée. Dans la plupart des cas, s'il n'y a pas de risque du sophisme de cellophane, le TMH est la meilleure approche de la délimitation du marché. Toutefois, la présence de ce risque ne signifie pas que le TMH n'est plus applicable. Comme LÜCKING et SIMON soulignent, le TMH ne devrait pas être considéré comme un exercice purement quantitatif mais plus tôt une « expérience de réflexion » qui permet de formuler la bonne question¹⁴⁰⁴.

999. Transition. La mise en œuvre du TMH suppose que les prix des produits qui ne sont pas contrôlés par le monopoleur hypothétique restent constants. En règle générale, les entreprises hors du marché cible sont susceptibles de réagir à l'augmentation de prix du monopoleur hypothétique. Le test FERM permet de prendre en compte de cette réaction du côté de l'offre.

2. Le test du marché pertinent en équilibre parfait (*FERM*)

1000. L'idée du test FERM (*Full Equilibrium Relevant Market Test*) est basée sur l'observation que le test SSNIP n'est pas un test d'équilibre dans le sens où il compare une situation d'équilibre avec un déséquilibre. Il ne compare donc pas deux situations qui se retrouveraient dans le monde réel. En revanche, le test FERM compare le même équilibre observé à un autre équilibre hypothétique. Il permet de tenir compte des ajustements de prix stratégiques des concurrents, et donc de tenir davantage compte de la structure du modèle économique¹⁴⁰⁵.

1001. Le principe d'application du FERM sera le suivant : il est supposé que le monopoleur hypothétique optimise le bénéfice conjoint de l'ensemble des produits des entreprises sur le marché cible, ce qui permet des augmentations de prix différentes pour les divers produits de ce marché. Il suppose par ailleurs que les entreprises d'autres produits réagissent de manière stratégique. On procède au calcul du nouvel équilibre associé à cette structure et à la

¹⁴⁰⁴ G. DRAUZ & C. JONES (dir.), *EU Competition Law, Volume II, Mergers and Acquisitions, Book I*, Deventer, Claeys & Casteels, 2^e éd., 2012, n° 3.43, p. 174.

¹⁴⁰⁵ M. IVALDI & L. SZABOLCS, « A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers », *CEPR Discussion Paper* n° 4917, 2005, p. 3; M. IVALDI & L. SZABOLCS, « Implementing Relevant Market Tests in Antitrust Policy: Application to Computer Servers », *Review of Law and Economics*, vol. 7, n° 1, 2011, p. 31-73.

comparaison des prix avant et après l'équilibre ainsi que les surplus des consommateurs. Si la distance entre l'équilibre initial et l'équilibre partiellement collusif est grande, cela signifie que le pouvoir de marché inhérent aux produits du marché cible est important et que, par conséquent, cet ensemble de produits peut être considéré comme formant un marché en cause¹⁴⁰⁶.

1002. Les marchés pertinents délimités à l'aide du FERM se révèlent être plus restreints que ceux délimités par le SSNIP parce que les entreprises hors du marché cible réagissent à l'augmentation des prix par le monopoleur hypothétique en relevant elles aussi leurs prix, ce qui renforce la rentabilité de l'augmentation initiale des prix du monopoleur et par conséquent conduit à une délimitation des marchés plus étroite¹⁴⁰⁷.

1003. L'application du FERM nécessite de déterminer l'ensemble de produits cible à partir duquel les augmentations de prix sont appliquées. Pour un produit donné, il peut exister différents « ensembles contenant un nombre plus restreint de produits ». Lorsque le nombre total des produits reste relativement faible, l'examen des « ensembles de produits le plus réduit » potentiels est faisable car il est possible de tester chaque combinaison et de vérifier la multiplicité des marchés pertinents. En revanche, lorsqu'il est énorme, le calcul et l'analyse des combinaisons deviennent compliqués et limités par la faisabilité computationnelle. Cela pourrait réduire la précision de la conclusion car dans de tels cas, il existe une incertitude quant à la définition précise des marchés en cause¹⁴⁰⁸. Pour réduire ce risque d'une conclusion erronée, IVALDI et SZABOLCS ont proposé de comparer les marchés délimités à l'aide de ce test à ceux délimités par d'autres méthodes.

1004. Il convient de souligner également que lorsque le FERM permet de tenir compte des réactions des entreprises étrangères du marché cible, c.à.d. de la substitution du côté de l'offre, les entreprises concernées peuvent faire valoir que l'expansion de la production des entreprises hors du marché cible fera échec à une tentative d'augmentation des prix et que le marché doit par conséquent être élargi pour inclure d'autres produits.

¹⁴⁰⁶ M. IVALDI & L. SZABOLCS, « A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers », *op. cit.*, p. 6-8. V. également Eduardo P.S. FIUZA, « Relevant Market Delineation and Horizontal Merger Simulation: A Unified Approach », Discussion Papers 0185, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, disponible sur le site http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1467a.pdf.

¹⁴⁰⁷ P. DAVIS & E. GARCÉS, *préc.*, p. 219.

¹⁴⁰⁸ M. IVALDI & L. SZABOLCS, *op. cit.*, p. 9.

1005. Le test FERM est une méthode attrayante¹⁴⁰⁹ car il prend en compte le comportement stratégique de l'ensemble des entreprises sur le marché, ce qui permet une analyse d'équilibre des pressions concurrentielles que les produits s'exercent l'un sur l'autre. Néanmoins, il existe une incertitude des marchés en cause délimités en raison de la détermination requière de l'ensemble de produits dès le premier stade de la mise en œuvre du test qui peut être controversée.

3. Le ratio de diversion et l'UPP

1006. Le ratio de diversion est un concept fréquemment utilisé pour évaluer la proximité de la concurrence entre produits sur les marchés de produits différenciés. Il se concentre sur la proportion des ventes perdues par un produit, lorsque son prix augmente, qui vont à l'autre produit. Lorsque des entreprises de deux produits qui sont des substituts proches l'un de l'autre se fusionnent, elles seront fortement incitées à augmenter unilatéralement les prix post-fusion étant donné que les ventes perdues du produit dont le prix a augmenté sera partiellement ou entièrement récupérées par l'autre produit. Le ratio de diversion est donc aussi utilisé comme un moyen de mesure de l'augmentation unilatérale probable des prix post-concentration.

1007. Les ratios de diversion peuvent être calculés avec précision si les élasticité-prix et les élasticité-prix croisées de la demande sont connues. Le calcul se repose sur l'hypothèse de l'indépendance des alternatives non pertinentes (*Independence of Irrelevant Alternatives – IIA*), ce qui implique que l'élasticité-prix croisée de la demande entre le produit 1 et tous les autres produits sur un marché est la même. Si cette hypothèse est satisfaite, c.à.d. l'IIA se maintient, le ratio de diversion peut être calculé en divisant l'élasticité-prix croisée de la demande entre deux produits 1 et 2 par l'élasticité-prix de la demande du produit 1. Le ratio de diversion du produit 1 vers le produit 2 est donc donné par¹⁴¹⁰ :

$$D_{1,2} = \frac{\varepsilon_{1,2}}{\varepsilon_{1,1}}$$

où $D_{1,2}$ est le ratio de diversion du produit 1 vers le produit 2 ; $\varepsilon_{1,2}$ l'élasticité-prix croisée du produit 1 par rapport au prix du produit 2 ; et $\varepsilon_{1,1}$ l'élasticité-prix du produit 1

¹⁴⁰⁹ Le FERM est proposé dans le *U.S. Horizontal Merger Guidelines* de 1984 et est utilisé par les autorités de la concurrence allemandes (*Bedarfsmarktkonzept*).

¹⁴¹⁰ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 11-026, p. 567.

1008. Pour illustrer l'utilisation de cette formule, supposons que l'élasticité-prix de la demande du produit 1 soit -3.5 , son élasticité-prix croisée de la demande par rapport au prix du produit 2 soit 0.7 , le ratio de diversion du produit 1 vers le produit 2 sera alors 0.2 . Cela signifie que le produit 2 récupère 20% des ventes perdues du produit 1 si le prix de ce dernier augmente.

1009. En pratique, l'hypothèse de l'IIA est rarement satisfaite, voire impossible à concrétiser. Certaines études empiriques tentent d'estimer le ratio de diversion en examinant directement les parts de marché¹⁴¹¹. Ainsi, si tous les produits sur le marché sont identiquement, le ratio de diversion entre les produits 1 et 2 est égal à¹⁴¹² :

$$D_{1,2} = \frac{S_1}{(1 - S_2)}$$

où $D_{1,2}$ représente le ratio du produit 1 vers le produit 2, S_1 la part de marché du produit 1 et S_2 la part de marché du produit 2.

1010. À titre d'exemple, si les parts de marché sont de 10% pour le produit 1 et de 25% pour le produit 2, le ratio de diversion du produit 1 vers le produit 2 est de $0,1333$. Maintenant supposons que les parts de marché soient de 20% pour le produit 1 et de 25% pour le produit 2, le ratio de diversion $D_{1,2}$ sera de $0,2666$. Ainsi, toutes choses égales par ailleurs, plus la part de marché d'un produit est élevée, plus son ratio de diversion est élevé et donc plus les ventes perdues de ce produit en raison de l'augmentation de son prix sont récupérées par l'autre.

1011. Dans des circonstances particulières, le ratio de diversion peut être utilisé pour évaluer la probabilité d'une augmentation de prix post-fusion. Celle-ci est évaluée comme suit¹⁴¹³ :

$$\frac{p^* - p}{p} = \frac{mD}{1 - m - D}$$

où p^* représente le prix post-fusion ; p le prix avant la fusion, m la marge avant la fusion et D le ratio de diversion entre les deux produits

1012. Cette évaluation s'appuie sur trois hypothèses : (i) l'élasticité de la demande est constante dans la fourchette de prix qui comprend les prix d'avant et d'après la fusion, (ii) les deux parties à la fusion sont symétriques avant l'opération et ont la même marge et (iii) chacune des

¹⁴¹¹ P. R. ZIMMERMAN, « Evaluating the Relative Performance of Upward Pricing Pressure Screens with Share-Based Diversion Ratios », *European Competition Journal*, vol. 7, n° 3, 2011, p. 407-420.

¹⁴¹² *Id.*, p. 415.

¹⁴¹³ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 11-023, p. 564.

entreprises est une entreprise mono-produit. Ce sont des hypothèses très restrictives qui sont rarement satisfaites dans la pratique. Or, l'assouplissement de l'une ou l'autre de ces hypothèses rend l'évaluation pratiquement inexacte¹⁴¹⁴. Par conséquent, l'utilisation du ratio de diversion pour évaluer l'augmentation probable des prix post-fusion nécessite une grande précaution.

1013. C'est sur la base des ratios de diversion que FARRELL et SHAPIRO ont proposé l'utilisation des indices de pressions sur les prix (UPP – GUPPI) afin d'évaluer l'effet probable d'une fusion sur les prix. L'UPP du produit 1 est calculé en comparant la valeur de ses ventes reportées (en multipliant le ratio de diversion du produit 1 au produit 2 par la marge de ce dernier) et la réduction du coût marginal écoulant de la fusion. Un UPP positif signifie que la nouvelle entité est incitée à accroître le prix du produit 1 post-fusion. À l'inverse, si l'UPP est négatif, l'incitation à augmenter le prix n'existe pas¹⁴¹⁵. Il s'agit de la méthode qui a été suggérée en tant que substitut éventuel à la délimitation du marché pertinent.

1014. La logique économique qui sous-tend le ratio de diversion et les indices de pressions sur les prix se concentre sur les incitations de la nouvelle entité issue d'une fusion d'accroître le prix post-fusion. L'application de cette logique soulève toutefois d'importants problèmes.

1015. En effet, l'estimation des ratios de diversion à partir des parts de marché suppose implicitement que tous les produits sur le marché en cause sont équivalents, ce qui implique que toutes les élasticités-prix croisées entre les produits sont identiques. Cela signifie que toutes les ventes perdues par un produit sont récupérées par l'autre, et vice versa, ce qui n'est pas nécessairement le cas en pratique¹⁴¹⁶. Par ailleurs, le fait d'avoir recours au critère de part de marché, qui nécessite de délimiter le marché pertinent, supprime tout l'avantage de l'approche du ratio de diversion visant à quantifier directement les effets potentiels sur les prix post-concentration.

1016. L'UPP est conçu pour l'estimation d'une augmentation potentielle des prix post-fusion par les entreprises mono-produit qui se concurrencent sur les prix. Pour estimer cette augmentation par les entreprises multi-produits et celles qui ne se concurrencent pas sur les prix (par exemple la concurrence dans un modèle de Cournot ou d'équilibre de Nash), la formule de

¹⁴¹⁴ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 11-024, p. 565 et s.

¹⁴¹⁵ V. *supra*, n° 469.

¹⁴¹⁶ CRA International, Competition Memo, New Developments in Merger Analysis, Part 2, October 1996.

calcul de l'UPP devient encore plus compliquée comme montrent JAFFE et WEYL¹⁴¹⁷. En outre et nous verrons dans les développements qui suivent, l'UPP est essentiellement une simulation de fusion simplifiée qui permet de rééquilibrer le prix d'un seul produit tout en maintenant tous les autres prix, quantités et élasticités endogènes constants au niveau d'avant la fusion. Il diffère d'une simulation de fusion uniquement par l'hypothèse de non équilibrage de celle-ci.

1017. L'analyse du ratio de diversion et de l'UPP peut fournir un moyen rapide d'estimation des effets probables des fusions entre entreprises sur des marchés de produits différenciés. Toutefois, une telle analyse est soumise aux hypothèses très restrictives qui sont en pratique difficiles d'être vérifiées en raison de l'indisponibilité des données. S'il y a une seule hypothèse qui n'est pas satisfaite, toute analyse est compromise. En revanche, ces deux méthodes sont utiles, en particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quel devrait être le prochain produit à inclure au marché dans le cadre d'un exercice de définition du marché en cause. Ainsi, elles devraient être utilisées en complément du TMH afin de renforcer la conclusion de la frontière du marché tirée de ce dernier.

1018. Transition. Toutes les méthodes analysées dans les développements qui précèdent expliquent comment la délimitation du marché dépend en fin de compte de la relation entre le prix d'un ensemble de produits et la quantité de ces produits qui sera vendue. Plus la demande est sensible aux variations de prix, moins cet ensemble de produits est susceptible de former un marché pertinent. Certains auteurs ont proposé une approche connexe connue sous le nom d'estimation de la fonction de demande résiduelle. Elle peut être utile pour évaluer l'étendue du pouvoir de marché ou la délimitation du marché dans certaines circonstances particulières.

4. L'estimation de la fonction de demande résiduelle

1019. La demande résiduelle d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises est la fonction de la demande qui spécifie le niveau des ventes réalisées par l'entreprise en fonction du prix qu'elle pratique et l'influence de la quantité de produit fournie par toutes les autres entreprises de l'industrie. SCHEFFMAN et SPILLER¹⁴¹⁸ ont été les premiers qui ont fourni cette approche empirique pour la mise en œuvre directe des critères précisés dans les *U.S. Horizontal Merger*

¹⁴¹⁷ S. JAFFE & E. G. WEYL, « The First-Order Approach to Merger Analysis », *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 5, n° 4, 2013, p. 188-218.

¹⁴¹⁸ D. T. SCHEFFMAN & P. T. SPILLER, « Geographic Market Definition under the U.S. Department of Justice Merger Guidelines », *Journal of Law and Economics*, vol. 30, n° 1, 1987, p. 123-147.

Guidelines de 1982 pour la délimitation du marché en cause. Cependant, l'approche a été développée par LANDES et POSNER depuis 1981. Les auteurs examinent le modèle de l'entreprise dominante dans lequel une entreprise dominante est confrontée à une demande de marché $D^{marché}(p)$ et à une frange concurrentielle qui est prête à fournir un montant basé sur le prix offert sur le marché, $S^{frange}(p)$. La demande résiduelle est alors le montant laissé à l'entreprise dominante après que la frange a fourni les unités qu'elle est disposée à fournir à ce prix¹⁴¹⁹.

$$D^{dominante}(p) = D^{marché}(p) - S^{frange}(p)$$

1020. L'estimation de la fonction de demande résiduelle permet aux autorités de comprendre le comportement concurrentiel d'une entreprise. Moins les pressions concurrentielles exercées par d'autres produits ou entreprises sont fortes, moins la courbe de demande résiduelle de l'entreprise est élastique. Cela signifie qu'une réduction de la quantité fournie par l'entreprise pourrait lui permettre d'augmenter les prix de manière durable. L'élasticité résiduelle de la demande de l'entreprise dominante augmente à mesure que l'élasticité de la demande du marché ou celle de la frange concurrentielle augmente¹⁴²⁰.

1021. Le raisonnement économique de l'estimation de la fonction de demande résiduelle consiste dans le fait que cette fonction de demande saisit toutes les informations pertinentes sur la contrainte imposée par d'autres entreprises et l'exprime en terme d'élasticité résiduelle de la demande. Sur les marchés où les produits sont quasiment homogènes, on peut déduire de l'estimation de la fonction de demande résiduelle si une entreprise pourrait augmenter les prix de manière significative et durable. Si tel est le cas, le produit fourni par cette entreprise ou la zone géographique dans laquelle elle opère constitue un marché pertinent. Cette approche peut également être appliquée aux marchés de produits différenciés¹⁴²¹.

¹⁴¹⁹ P. DAVIS & E. GARCÉS, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, préc., p. 221.

¹⁴²⁰ *Ibid.* L'élasticité-prix de la demande de l'entreprise dominante est calculée selon la formule:

$$\varepsilon_{demande}^{dominante} = \frac{1}{part\ de\ marché^{dominante}} (\varepsilon_{demande}^{marché} - part\ de\ marché^{frange} * \varepsilon_{offre}^{frange})$$

¹⁴²¹ J. B. BAKER & T. F. BRESNAHAN, « The Gains from Mergers or Collusion in Product Differentiated Industries », *Journal of Industrial Economics*, vol. 35, 1985, p. 427-444.

1022. Bien que cette approche soit attrayante à bien des égards, elle n'est pas sans difficultés dont la plupart ont été identifiées par SCHEFFMAN et SPILLER¹⁴²². Premièrement, la mise en œuvre de cette méthode présuppose qu'un groupe de producteurs constitue un marché en cause. Deuxièmement, l'approche peut ne pas être opérationnelle si les différences régionales dans les prix des intrants ne sont pas observées. Troisièmement, le système simultané qui doit être estimé peut ne pas être identifié si les vecteurs des variables exogènes qui causent des variations de l'offre dans les deux zones sont les mêmes. Quatrièmement, si les variables de déplacement des coûts et de la demande ne sont pas correctement choisies, l'approche globale peut ne pas être estimée de manière cohérente. De manière générale, toutes ces estimations exigent une connaissance approfondie du processus de production et de la demande. De plus, l'ensemble de l'identification de l'offre et de la demande repose fortement sur des hypothèses de forme fonctionnelle. Par conséquent, l'estimation de la fonction de demande résiduelle ne serait pas probante dans tous les cas¹⁴²³.

1023. Transition. La plupart des méthodes examinées précédemment s'appuient sur l'analyse de la structure du marché. Il existe une méthode qui est employée dans l'analyse de la concurrence depuis plus de vingt ans et qui se détourne de l'analyse structurelle pour se concentrer directement sur l'effet potentiel d'une fusion sur la concurrence.

5. Les modèles de simulation de fusions

1024. Les modèles de simulation des fusions est une technique quantitative qui est devenue beaucoup plus largement utilisée dans le contrôle des concentrations en Europe au cours des dernières années. Ils analysent les effets unilatéraux, c.à.d. les hausses de prix unilatérales post-fusion, qui se produisent lors de fusions, en particulier, sur des marchés d'oligopole de produits différenciés. En théorie, cette approche rejette la nécessité de s'engager dans l'exercice de définition du marché en cause.

1025. Étant donné que les modèles de simulations des fusions ne sont actuellement utilisés que pour évaluer des effets unilatéraux, ils partent de l'hypothèse que l'industrie en question peut

¹⁴²² D. T. SCHEFFMAN & P. T. SPILLER, *op. cit.*, p. 134-135.

¹⁴²³ Il convient de noter que cette méthode n'est pas un moyen de mise en œuvre du test SSNIP même si les hypothèses sur lesquelles elle s'appuie sont correctes. En revanche, elle peut être utilisée pour délimiter le marché pertinent d'une manière qui n'est pas sans rapport avec la méthode FERM. P. DAVIS & E. GARCÉS, *op. cit.*, p. 220-221.

être modélisée à l'aide d'un cadre statique de produits différenciés de Bertrand. La mise en œuvre d'une véritable simulation de fusions nécessite de nombreuses données. Elle s'effectue généralement en utilisant les données du marché pré-fusion à savoir les prix en vigueur, les coûts marginaux et les élasticités de la demande et en faisant diverses hypothèses sur les principaux paramètres de l'industrie¹⁴²⁴. La simulation commence habituellement par l'estimation des fonctions de la demande pour les produits différenciés en cause. La structure du modèle est ensuite modifiée pour tenir compte de la fusion. Les effets unilatéraux de la fusion sont déterminés en calculant l'écart de prix et de quantité entre l'équilibre en vigueur avant la fusion et celui opérant post-fusion.

1026. La sophistication de la technique dépend du type de modèles. La modélisation de simulation complète présente une grande complexité. Il importe de souligner que la mise en œuvre de tous les modèles suppose que des hypothèses importantes soient déjà faites : (i) la concurrence est celle à la Bertrand, (ii) les entreprises vend un produit unique (l'entreprise mono-produit), (iii) chaque entreprise maximise, avant la fusion, ses bénéfices en fonction des prix que les autres fixent (l'équilibre de Nash), et (iii) la nouvelle entité issue de la fusion cherche à maximiser les bénéfices communs. De plus, il est nécessaire que l'hypothèse de la forme de la courbe de demande soit aussi faite. Les modèles les plus couramment utilisés sont les modèles log-linéaire, demande linéaire, logit (*Antitrust Logit Model – ALM*), PCAIDS (*Proportionality-Calibrated Almost Ideal Demand System*) et système de demande quasi idéal (*Almost Ideal Demand System – AIDS*)¹⁴²⁵. Dernièrement, l'hypothèse de la forme du coût

¹⁴²⁴ G. J. WERDEN, « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide », in J. A. CASWELL & R. W. COTTERILL (dir.), *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues*, 1997, p. 95-109.

¹⁴²⁵ Pour la mise en œuvre des simulations de fusion à l'aide de ces modèles de demande, v. S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 15-008 et s., p. 631 et s.; G. J. WERDEN, « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide », *op. cit.*, p. 99 et s.; P. CROOKE, L. FROEB, S. TSCHANTZ & G. J. WERDEN, « The Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria », *Review of Industrial Organization*, vol. 15, n° 3, 1999, p. 205-217; G. J. WERDEN, « Simulating Unilateral Competitive Effects from Differentiated Products Mergers », *Antitrust*, vol. 11, issue 2, 1997, p. 27-31; G. J. WERDEN, « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practical Alternative to Structural Merger Policy », *George Mason Law Review*, vol. 5, issue 3, 1997, p. 363-386; G. J. WERDEN & L. FROEB, « The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 10, n° 2, 1994, p. 407-426; R. J. EPSTEIN & D. L. RUBINFELD, « Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications », *Antitrust Law Journal*, vol. 69, 2002, p. 883-919; R. J. EPSTEIN & D. L. RUBINFELD, « Technical Report for DG Competition, Effects of Mergers Involving Differentiated Products », COMP/B1/2003/07, October 2004; M. CONTI, « EU Merger Analysis, Merger Simulation Models in the Context of the Merger Regulation », *Competition Law Insight*, May 2006.

marginal doit être prise en compte. Il est probable que le coût marginal constant soit la seule hypothèse valable à moins de disposer des données fiables sur les coûts marginaux¹⁴²⁶.

1027. Les modèles de simulation de fusions ont certains avantages pour l'évaluation des effets unilatéraux d'une fusion. Premièrement, ils peuvent déterminer ces effets lorsque les produits des parties à l'opération sont substituables mais non les substituts les plus proches, de sorte que l'ampleur de l'incitation à augmenter les prix post-fusion n'est pas évidente d'emblé. Cet avantage vient de l'intégration de l'ensemble des élasticités-prix et des élasticités-prix croisées dans un système de demande¹⁴²⁷. Deuxièmement, les modèles de simulation permettent de tenir compte des limitations du côté de l'offre en ce qui concerne l'augmentation de prix unilatérale, en particulier des réactions des concurrents. Toutefois, les modèles existants traitent en général les réactions des concurrents comme une hypothèse plutôt que comme quelque chose à estimer¹⁴²⁸. Troisièmement, ils peuvent être utilisés pour contrebalancer les gains d'efficacité liés à la fusion par l'incitation anticoncurrentielle à augmenter les prix¹⁴²⁹.

1028. Il importe toutefois de souligner que tous ces avantages et les résultats tirés d'une simulation ne peuvent être considérés comme pertinents et fiables que si l'on peut démontrer que le modèle utilisé convient raisonnablement bien à l'industrie car un modèle qui ne correspond pas aux faits actuels d'une industrie a peu de chance d'être un bon outil pour prévoir les faits futurs de l'industrie. Or, comme exposé précédemment, la mise en œuvre des modèles de simulation repose fortement sur les hypothèses, en particulier celles des facteurs clés de l'industrie. En réalité, les estimations de l'élasticité sont souvent imprécises et le coût marginal peut être difficile à mesurer¹⁴³⁰. Si les coûts marginaux présumés ne concordent pas avec les données probantes sur les coûts marginaux réels, les prix pratiqués sur le marché avant la fusion peuvent ne pas être conformes à l'hypothèse de la concurrence à la Bertrand¹⁴³¹. Par ailleurs, étant donné qu'il est peu probable que deux entreprises sur un marché augmentent leurs prix exactement du même montant à la suite d'une fusion, le problème se pose de savoir comment interpréter

¹⁴²⁶ G. J. WERDEN, « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide », *op. cit.*, p. 97-98.

¹⁴²⁷ J. B. BAKER & D. REITMAN, « Research Topics in Unilateral Effects Analysis », in E. ELHAUGE (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, p. 25-52, spéc. p. 37.

¹⁴²⁸ *Id.*, p. 37-38.

¹⁴²⁹ *Id.*, p. 39.

¹⁴³⁰ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 15-037, p. 654.

¹⁴³¹ G. J. WERDEN, « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide », *op. cit.*, p. 104.

l'ensemble des informations tirées des simulations¹⁴³². Dans l'appréciation des effets unilatéraux d'une opération de concentration, le rôle des facteurs à savoir les barrières à l'entrée ou à l'expansion, la puissance d'achat et les possibilités de coordination du comportement post-fusion est reconnu par la Commission européenne. Pourtant, les simulations de fusions ne tiennent généralement pas compte de ces facteurs. Il en résulte qu'en absence de gains d'efficacité au niveau des coûts marginaux¹⁴³³, elles impliquent toujours que les prix augmenteront à la suite de la fusion¹⁴³⁴. Enfin, il importe de souligner que les simulations de fusions requièrent un vaste nombre de données dont la disponibilité constitue un problème majeur affectant la fiabilité des résultats tirés.

1029. En tout état de cause, une simulation de fusions complète est un exercice difficile et très long dont les prédictions des effets unilatéraux post-fusion dépendent fortement des hypothèses faites¹⁴³⁵. Elle ne peut constituer une alternative au fil initial de la délimitation du marché¹⁴³⁶. En ce qui concerne l'appréciation des effets unilatéraux, les simulations de fusions peuvent être un outil utile dans la mesure où elles reposent sur une bonne compréhension du marché en question. Les simulations génériques basées sur des hypothèses qui ne sont pas liées aux faits du marché ne sont pas utiles¹⁴³⁷. C'est la raison pour laquelle les autorités de concurrence sont réticentes à fonder leurs décisions sur les estimations économétriques à moins qu'elles soient confirmées par d'autres preuves plus qualitatives. Même la meilleure simulation de fusion ne devrait pas être, à elle seule, la base sur laquelle une décision de contrôle des concentrations est prise. Ainsi, les modèles de simulation de fusions, qualifiés d'une des méthodes économiques les plus avancées,

¹⁴³² *Id.*, p. 105.

¹⁴³³ Il est à noter qu'alors que les simulations de fusions peuvent permettre de contrebalancer les gains d'efficacité liés à la fusion par l'incitation anticoncurrentielle à augmenter les prix, il n'est pas certain que les méthodes et les données disponibles permettent de mesurer avec une précision suffisante l'incitation d'une entreprise à augmenter ou à réduire les prix. J. B. BAKER & D. REITMAN, « Research Topics in Unilateral Effects Analysis », *op. cit.*, p. 39.

¹⁴³⁴ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 15-041, p. 657.

¹⁴³⁵ C. PETERS, « Evaluating the Performance of Merger Simulations: Evidence from the U.S. Airline Industry », *Journal of Law and Economics*, vol. 9, n° 2, 2006, p. 627-649; M. WEINBERG & D. HOSKENS, « Using Mergers to Test a Model of Oligopoly », *Working Paper*, Bryn Mawr College, 2009; M. WEINBERG, « More Evidence on the Performance of Merger Simulations », *American Economic Review*, vol. 101, n° 3, Paper & Proceedings of the 123rd Annual Meeting of the American Economic Association, 2011, p. 51-55; H. YOSHIMOTO, « Reliability Examination in Horizontal-Merger Price Simulations: An Ex-Post Evaluation of the Gap between Predicted and Observed Prices in the 1998 Hyundai-Kia Merger », 2016, disponible sur le site https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400108 (consulté le 4 juin 2019).

¹⁴³⁶ Une analyse détaillée de la fusion doit être menée surtout lorsque des filtres initiaux laissent présager de graves atteintes à la concurrence. Voir J. B. BAKER, « Merger Simulation in an Administrative Context », *Antitrust Law Journal*, vol. 77, 2011, p. 451-472, spéc. p. 461.

¹⁴³⁷ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 15-053, p. 667.

ne sont pas une panacée pour toutes les questions économiques qui se posent dans une transaction difficile.

1030. Dans certaines de ses décisions récentes, la Commission européenne a eu recours aux simulations de fusions dans son appréciation des effets unilatéraux en Phase II. L'objectif du recours à cette technique, sa mise en œuvre ainsi que les résultats tirés seront analysés dans le chapitre suivant.

1031. Conclusion du B. Les analyses des méthodes qui précèdent montrent une évolution importante des techniques économétriques élaborées par les économistes aux fins de la délimitation du marché en droit de la concurrence. Ces méthodes s'éloignent des simples tests statistiques au profit de cadres analytiques plus détaillés, mais aussi plus sophistiqués, fondés sur l'analyse des contraintes de prix. Le TMH fournit, d'une part, un cadre cohérent pour examiner les questions relatives aux contraintes concurrentielles auxquelles sont confrontées les entreprises à savoir la substitution du côté de la demande et du côté de l'offre. Il propose, d'autre part, un schéma de raisonnement qui permet un examen structuré et rigoureux des contestations. Sa mise en œuvre par l'évaluation des élasticité-prix de la demande et élasticité-prix croisée de la demande peut ne pas être suffisante pour conclure si une augmentation du prix du produit en question au-dessus du niveau concurrentiel est rentable. Il faut évaluer encore l'ampleur des élasticités qui doit être qualifiée de suffisamment fortes pour rendre non rentable l'augmentation du prix au-dessus du niveau concurrentiel. À cet égard, l'analyse de la perte critique peut venir compléter la mise en œuvre du test. Le FERM est une méthode qui affine le TMH en tenant compte des réactions des entreprises n'appartenant pas au marché cible. Il s'agit d'un test d'équilibre qui prend en considération des effets à la fois du côté de la demande et de l'offre. Toutefois, à lui seule, le FERM ne permettrait pas d'aboutir à une conclusion fiable des contours du marché car sa mise en œuvre requiert de déterminer l'ensemble des produits cibles dès le premier stade de la mise en œuvre du test qui peut être une démarche controversée. Le ratio de diversion et les indices de pressions sur les prix fournissent des moyens utiles de mesure de la proximité entre les produits. Ils peuvent être des compléments pertinents au TMH, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer le produit à ajouter au marché cible. Toutefois, l'utilisation de ces méthodes pour estimer directement les effets probables d'une fusion est source de difficultés et d'incertitudes en raison des hypothèses restrictives de sa mise en œuvre. L'estimation de la

fonction de demande résiduelle peut générer des informations précieuses, particulièrement pour la délimitation du marché car il exprime la quantité du produit en fonction de son prix, le prix de vente de divers autres produits et le déplacement de la demande. Cependant, cette estimation exige une connaissance approfondie du processus de production et de la demande qui constitue d'ailleurs une difficulté majeure de l'application des autres techniques. Même lorsque les données sont disponibles, l'estimation de la fonction de demande est considérée comme étant une technique difficile en raison des outils analytiques requis à sa mise en œuvre. Enfin, les modèles de simulation de fusions, qui est une technique aussi complexe, sont considérés comme une méthode permettant une évaluation directe des effets d'une fusion sur les prix du marché sans avoir besoin de délimiter le marché pertinent. Une simulation complète de fusion requiert des données qui peuvent être qualifiées de « *rocket science*¹⁴³⁸ ». Pourtant, la meilleure simulation de fusions ne devrait pas, à elle seule, être le fondement sur lequel une décision en matière de contrôle des fusions est prise. Elle ne considérant que les prix et les coûts du produit ou service tout en omettant d'autres facteurs importants à l'analyse des effets sur la concurrence.

1032. Transition. Outre toutes ces méthodes sophistiquées qui reposent sur les prix, il existe d'autres techniques qui permettent de générer des preuves sur les frontières des marchés.

C. D'autres méthodes

1033. Sur de nombreux marchés, les transactions entre entreprises sont basées sur une procédure d'appel d'offres. Chaque entreprise soumissionne un prix pour remporter l'appel d'offres et est ensuite choisie comme soumissionnaire gagnant ou non. Il en résulte que les marchés d'appels d'offres sont souvent caractérisés par une forte discrimination au niveau des prix¹⁴³⁹ et par l'information asymétrique car chaque soumissionnaire ne connaît pas l'offre de ses concurrents.

1034. Contrairement au fonctionnement standard du marché où une entreprise qui fixe un prix excessif subirait un volume de ventes plus faible, il n'existe aucun lien entre le prix et la quantité sur les marchés fonctionnant par appels d'offres¹⁴⁴⁰. En effet, sur ces derniers, les entreprises se livrent à la concurrence sur l'ensemble du marché : une entreprise qui fait une offre élevée perdra

¹⁴³⁸ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 9-016, p. 489.

¹⁴³⁹ S. BISHOP & M. WALKER, *op. cit.*, n° 129-001, p. 575.

¹⁴⁴⁰ Voir P. KLEMPERER, « Competition Policy in Auctions and "Bidding Markets" », in P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press, 2008, p. 583-639, spéc. p. 586.

l'appel d'offres tandis que l'entreprise qui la remporte – celle qui a fait l'offre la plus basse – servira le marché entier. Le principe « *tout ou rien* » du processus concurrentiel a donc des implications d'une grande portée pour l'analyse du pouvoir de marché. La délimitation du marché pertinent à l'aide du TMH dans le cas des marchés fonctionnant par appels d'offres ne s'avérait pas appropriée¹⁴⁴¹. L'évaluation du pouvoir de marché de l'entreprise et des effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration exige une analyse spécialisée. Si les appels d'offres sont fréquents et similaires et que les entreprises cherchent à remporter des contrats d'approvisionnement d'un certain produit ou service, la relation entre l'offre moyenne qui remporte le contrat et le nombre de candidats à l'appel d'offres sur le marché peut révéler le niveau de concurrence sur le marché. Par ailleurs, le fait que deux entreprises ont régulièrement soumis les offres les plus compétitives montre qu'elles sont des proches concurrentes¹⁴⁴². Leur fusion pourrait porter atteinte sur la concurrence sur le marché.

1035. Bien qu'elles ne soient pas destinées à la mise en œuvre directe du TMH, les informations obtenues grâce aux études sur les appels d'offres passés sont utiles dans la mesure où elles permettent de déterminer la proximité de la concurrence entre entreprises et peuvent ainsi constituer un complément du TMH afin de renforcer la conclusion de la dimension du marché pertinent délimité.

1036. La surcapacité, les coûts de transport et les coûts de distribution locale sont des facteurs pertinents pour délimiter le marché géographique en cause car ils fournissent la preuve d'une réaction probable de l'offre à des hausses de prix hypothétiques. S'il existe une capacité excédentaire dans une région, il est plus probable que les entreprises concurrentes réagissent de manière significative si le prix y était augmenté. De plus, plus le coût de transport est faible, plus il est probable que les consommateurs viennent s'approvisionner dans d'autres régions et plus le marché est donc élargi.

¹⁴⁴¹ OCDE, *Competition in Bidding Markets*, DAF/COMP (2006) 31, 4 juin 2007 : « Définir un marché pertinent à l'aide du test SSNIP (test de l'augmentation légère mais significative et non transitoire du prix) peut parfois se révéler difficile lorsque les marchés fonctionnent par appels d'offres, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le prix peut être différent pour chaque contrat. Il en va de même pour tout autre marché sur lequel les prix sont définis au cas par cas pour chaque contrat. Ensuite, il n'existe pas de prix tout désigné auquel ajouter la SSNIP puisque la concurrence est simultanée plutôt que séquentielle ».

¹⁴⁴² L. M. FROEB & G. J. WERDEN, « Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers », in P. CUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Massachusetts, p. 43-104, spéc. p. 58.

1037. Conclusion du §2. L'ensemble des développements qui précèdent conduit à deux constats. Tout d'abord, il faut reconnaître que l'apport des méthodes économiques à la délimitation du marché est d'une réelle importance. En se référant aux faits, qui sont les résultats du marché que la concurrence dans l'industrie a effectivement produits, elles peuvent constituer un instrument explicatif de ces résultats. En fonction du contexte et de la nature de la concurrence de l'affaire, les autorités peuvent choisir parmi un large éventail de méthodes quantitatives élaborées par les économistes la ou les méthode(s) leur permettant de générer des preuves les plus probantes en ce qui concerne les frontières des marchés. Le TMH représente un apport considérable sur le plan conceptuel en fournissant, d'une part, un cadre analytique cohérent permettant d'évaluer la substituabilité des produits, et d'autre part, un schéma de raisonnement permettant un examen structuré et rigoureux des contestations. Au fil des ans, les économistes ont élaboré des modèles pour la mise en œuvre du test ainsi que d'autres méthodes dont certaines ont été conçues pour une évaluation directe des effets anticoncurrentiels. Cependant et il s'agit du second constat, comme pour tous les modèles économiques, celles-ci se reposent sur de nombreuses hypothèses qui peuvent ne pas être valables en pratique. Cela pourrait conduire à une fausse précision¹⁴⁴³ et donc des incertitudes des conclusions des contours du marché. À ceci s'ajoute le problème lié à la disponibilité et la fiabilité des données requises pour leur mise en œuvre.

1038. Conclusion de la Section 2. Les méthodes de délimitation du marché pertinent ont connu une évolution considérable, en particulier depuis que les économistes s'intéressent à cette question. Avant l'émergence dans la théorie économique d'une définition du marché utilisable aux fins du droit de la concurrence, les frontières du marché ont été tracés en fonction des caractéristiques des produits ou services. L'apparition de la théorie de la concurrence imparfaite dans les années 80 a fourni un apport conceptuel décisif des méthodes de délimitation du marché actuelles. Les théoriciens de la concurrence imparfaite ont en effet montré que la substituabilité des produits ne dépend pas seulement de leurs caractéristiques intrinsèques, mais aussi du comportement des consommateurs, lequel dépend lui-même des prix. Depuis lors, l'élaboration de l'éventail de méthodes économiques, mises à disposition des autorités et des praticiens du droit de la concurrence, est fondée sur le facteur prix. Elles présentent des niveaux de complexité

¹⁴⁴³ D. S. EVANS, « Lightning Up on Market Definition », in E. ELHAUGE (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, p. 53-89, spéc. p. 87-88.

variés. Certaines sont simples dans leur application, mais trop simple que pour pouvoir estimer une fonction de demande, par rapport aux autres, à savoir les tests de corrélation, de stationnarité, du choc ou d'Elzinga-Hogarty, et de Granger. Certaines autres sont en revanche trop compliquées, pour les autorités et les juges, et qu'elles se reposent sur de nombreuses hypothèses qui peuvent ne pas être vérifiées dans la pratique. Le TMH, introduit par le DOJ pour la première fois dans ses *Horizontal Merger Guidelines* de 1982 et adopté par ses homologues européens, a été conçu pour fournir des principes directeurs fondés sur l'économie pour la délimitation du marché en droit de la concurrence. Il est et devrait demeurer l'approche standard de la délimitation du marché pertinent. En effet, parmi l'éventail de méthodes élaborées par les économistes, aucune autre n'est compatible avec les principes d'évaluation de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre. Par ailleurs, le TMH joue le rôle de cadre conceptuel à l'intérieur duquel s'effectue l'évaluation analytique et pas simplement une analyse quantitative comme étant souvent perçu. Il s'agit d'une véritable valeur qu'il apporte au processus de délimitation du marché. Toutefois, une méthode parfaite n'existe pas. Chacune a ses limites. Par conséquent, une conclusion des frontières des marchés ne peut pas être fiable si elle est tirée de l'application d'une seule méthode. En fonction du contexte de l'affaire, les autres méthodes peuvent être employées en complément du TMH. Enfin, l'emploi accru des méthodes économiques dans la délimitation du marché ne signifie pas l'exclusion des preuves qualitatives. Bien au contraire, l'analyse qualitative peut parfois suffire à définir de manière satisfaisante le marché en cause¹⁴⁴⁴ et une analyse quantitative plus explicite des données du marché sera utile pour éclairer et compléter ces jugements.

1039. Conclusion du chapitre. En théorie économique, l'étendue de la substituabilité de la demande et celle de l'offre sont les facteurs clé qui empêchent une entreprise d'exercer un pouvoir de marché. Elles se voient accordées une importance égale dans l'évaluation de ce pouvoir. Adoptées en droit de la concurrence, la substituabilité de la demande et de l'offre est devenue deux principes directeurs sur lesquels se repose la délimitation du marché pertinent. Toutefois, l'accent principal est mis tant par les autorités européennes que vietnamiennes sur la substituabilité du côté de la demande. Celle du côté de l'offre, si elle est prise en compte, ne l'est qu'après-coup. Cette approche pose des problèmes, d'une part, parce qu'elle va à l'encontre du but de la délimitation du marché qui doit être de déterminer l'ensemble des contraintes qui

¹⁴⁴⁴ V. *supra*, n° 1048.

limitent la capacité de l'entreprise d'augmenter les prix au-delà du niveau concurrentiel, et d'autre part, parce qu'elle est paradoxale avec le processus de modernisation du droit et de la politique de concurrence qui a été commencé en Europe depuis quinze ans par l'adoption de l'approche économique fondée sur les effets.

1040. Les développements du chapitre ont également montré l'évolution importante des méthodes de délimitation du marché mais aussi de la position des économistes sur cette question. La théorie économique, en particulier celle de la concurrence imparfaite, a fourni un énorme apport permettant aux autorités de la concurrence de mieux identifier les faits pertinents en vue de l'appréciation de la substituabilité, laquelle s'est initialement focalisée sur les caractéristiques intrinsèques des produits. De nombreuses méthodes économiques avec les degrés de complexité accrus ont été élaborées aux fins de la délimitation du marché en droit de la concurrence. Il est raisonnablement supposé que plus la méthode utilisée est avancée, plus la conclusion sur la délimitation du marché est robuste. Toutefois, les méthodes économiques, par leur nature de se reposer sur des hypothèses qui peuvent ne pas être valables dans la pratique, impliquent grandement la fausse précision. Par conséquent, malgré les preuves probantes qui peuvent être générées de ces méthodes, celles-ci ne sont pas la panacée pour la délimitation du marché. Le TMH, qui a été qualifié d'un progrès méthodologique et conceptuel considérable dès sa première proposition, demeure l'approche la plus convaincante pour délimiter le marché pertinent. Il ressort par ailleurs des analyses qu'il n'existe pas de méthode unique de la délimitation du marché qui soit nettement supérieure aux autres dans toutes les situations, les situations du marché et la disponibilité des données variant considérablement d'une affaire à l'autre. La délimitation du marché n'est robuste que si les preuves des frontières des marchés font l'objet d'une vérification croisée avec celles tirées d'autres méthodes. Ainsi, les méthodes disponibles, que ce soit qualitatives ou quantitatives, devraient être utilisées comme des compléments plutôt que des substituts.

1041. Conclusion du Titre I. Les développements qui précèdent ont permis de préciser la notion de substituabilité et ses méthodes d'analyse. Nous avons vu qu'alors que cette notion est d'un usage courant dans le droit de la concurrence, un certain flou règne dans ce domaine car ni les économistes ni les juges ne lui donnent une définition de base qui permet de l'apprécier de manière précise. Ayant son fondement dans la théorie économique, la mise en application de la

substituabilité sur un plan juridique présente des limites. Compte tenu de ces limites, la jurisprudence européenne a adapté la notion de substituabilité en recourant à d'autres facteurs que le prix pour déterminer les produits substituables. En ce qui concerne les principes d'analyse de la substituabilité, la lecture de la jurisprudence européenne nous a permis d'en dégager deux qui sont d'inégale importance. La substituabilité du côté de la demande est le principe primaire sur lequel la Commission européenne se fonde sa délimitation du marché alors que celle du côté de l'offre demeure le secondaire. Cette approche pose des problèmes tant sur le plan politique que sur le plan pratique.

1042. En ce qui concerne les méthodes d'analyse, nous avons examiné une série de méthodes actuellement disponibles sur lesquelles la Commission peut s'appuyer pour apprécier la substituabilité des produits. Nous avons montré que le choix de la méthode dépend tant de la nature de la concurrence de l'affaire en cause que de la disponibilité des données nécessaires à leur mise en œuvre. Alors que la Commission a recours à plusieurs moyens dont elle dispose pour recueillir des données requises à l'analyse de la substituabilité, les nouvelles méthodes économiques suggérées comme alternative de la délimitation du marché consistent en des analyses purement quantitatives. Les données requises à leur mise en œuvre sont souvent indisponibles, ce qui affecte leur robustesse. Les analyses précises des méthodes dédiées à la délimitation du marché pertinent nous a permis de conclure qu'il n'existe pas de méthode parfaite. Toutes les méthodes ont des limites mais le test du monopoleur hypothétique (TMH) demeure l'approche la plus convaincante pour délimiter le marché pertinent.

1043. Face aux comportements d'entreprise de plus en plus sophistiqués et aux transactions de plus en plus complexes, la tendance consiste à un usage complémentaire des méthodes quantitatives au TMH. Cette tendance sera mieux cernée à travers l'examen des décisions et de la jurisprudence. Il convient donc d'examiner à présent comment les méthodes de délimitation du marché sont appliquées par la Commission et les juges dans des affaires concrètes.

TITRE II

LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE PRODUITS PERTINENT

1044. Le marché de produit en cause n'est pas défini dans la communication sur la définition du marché en cause de 1997 mais dans le formulaire CO du règlement concernant la mise en œuvre du règlement 139/2004 sur les concentrations. Le marché de produit est ainsi défini comme celui comprenant tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés¹⁴⁴⁵. Il ressort de cette définition que l'approche retenue met avant tout l'accent sur la primauté de l'analyse de la substituabilité du côté de la demande. Cela confirme notre conclusion dans le titre précédent selon laquelle la substituabilité de la demande est le principe primaire dans la délimitation du marché pertinent de la Commission. La substituabilité de la demande fait référence à la capacité des consommateurs de passer d'un produit à un autre en réponse à une variation des prix relatifs des produits. Cette possibilité de substitution a apparemment un effet disciplinaire immédiat et efficace sur les entreprises. Les critères impliqués dans l'analyse de la substitution de la demande sont nombreux et ne diffèrent pas en fonction du texte à appliquer (**Chapitre 1**). Nous verrons que si les critères et méthodes utilisés par la Commission peuvent permettre d'aboutir à une appréciation précise des contraintes concurrentielles résultant du côté de la demande lorsque les entreprises se livrent concurrence sur les prix principalement, ils peuvent aboutir à une appréciation trompeuse lorsque la concurrence se fait par la performance du produit. Dans de tels cas, il apparaît nécessaire que l'évaluation de la substituabilité soit fondée sur la performance du produit. L'examen des décisions de la Commission nous permettra également de cerner la manière dont la Commission analyse la substituabilité du côté de l'offre (**Chapitre 2**). De ce fait, nous comprendrons mieux la nécessité d'une prise en considération systématique de cette analyse dans la délimitation du marché.

Chapitre 1 : La substituabilité de la demande

Chapitre 2 : La substituabilité de l'offre

¹⁴⁴⁵ Règlement d'exécution (UE) n° 129/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 336 du 14 déc. 2013, Annexe 1 – Formulaire CO, Section 6.

CHAPITRE 1

LA SUBSTITUABILITÉ DE LA DEMANDE

1045. L'appréciation de la substituabilité de la demande implique une évaluation de la gamme de produits qui sont considérés comme des substituts par les consommateurs. Les produits fortement substituables sont susceptibles de faire partie du même marché. En revanche, ceux qui ne sont pas substituables ou qui ne le sont que dans une faible mesure ont peu de chance d'appartenir au même marché¹⁴⁴⁶. La communication sur la définition du marché en cause de 1997 constitue le point de départ de toute délimitation du marché pertinent par la Commission européenne. Le Tribunal a jugé qu'elle est un instrument contraignant duquel la Commission ne peut se départir¹⁴⁴⁷. La communication précise les critères et les méthodes que cette dernière utilise pour l'analyse de la substituabilité entre produits (**Section 1**). Si ces critères et ces méthodes peuvent permettre à la Commission d'évaluer l'étendu du marché de produit dans des secteurs traditionnels, ils biaisent la délimitation du marché dans les secteurs caractérisés par de rapides avancées technologiques, où la concurrence se fait par la performance plutôt que par les prix. Dans ces secteurs, la délimitation du marché nécessite une approche dynamique et une méthode qui peuvent permettre de mesurer et d'analyser la performance du produit (**Section 2**).

Section 1. Les méthodes d'analyse de la substituabilité de la demande

1046. La recherche de la substituabilité des produits a amené la Commission européenne à avoir recours, dans un premier temps, à un faisceau de critères qualitatifs¹⁴⁴⁸. Elle tend à privilégier, sans doute par des raisons de disponibilité des données et de délais, une telle approche qui lui permet de limiter le champ de ses recherches de produits de substitution éventuels (§I). Lorsqu'il existe d'éventuels marchés candidats susceptibles de poser des problèmes de concurrence, les

¹⁴⁴⁶ Arrêts du TPICE du 14 déc. 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a. c./Commission*, aff. jtes. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, *Rec.* p. II-5169, paras. 173-175.

¹⁴⁴⁷ Arrêt du TPICE du 14 déc. 2005, *General Electric c./Commission*, T-210/01, *Rec.* p. II-5575, para. 516 : « *En ce qui concerne le prétendu défaut d'application de la communication sur la définition du marché, il convient de rappeler d'abord que la Commission ne peut se départir des règles qu'elle s'est imposées [...] dans la mesure où la communication sur la définition du marché indique par des formulations impératives la méthode par laquelle la Commission entend définir les marchés à l'avenir et ne réserve aucune marge d'appréciation, la Commission doit effectivement tenir compte des termes de cette communication* ».

¹⁴⁴⁸ Communication sur la définition du marché en cause de 1997, *préc.*, para. 36.

marchés candidats seront élargis ou rétrécis à l'aide d'autres critères, en particulier des tests quantitatifs (§2).

§1. Les critères qualitatifs

1047. Les critères qualitatifs comprennent tant de critères objectifs que de critères subjectifs qui permettent *prima facie* de déterminer le choix des consommateurs des produits. Il existe de nombreux critères possibles qui sont examinés de manière libérale sans avoir à respecter une hiérarchie particulière. Les développements suivants examinent les critères les plus usités par la Commission européenne pour définir le marché de produits en cause, à savoir les caractéristiques et l'usage des produits (*A*), la substituabilité fonctionnelle (*B*), les écarts de prix (*C*), les préférences des consommateurs (*D*), les chaînes de distribution €, les barrières et les coûts associés à un passage aux produits de substitution (*F*), les stratégies de marketing (*G*) et les conditions de concurrence (*H*).

A. Les caractéristiques et l'usage du produit

1048. Les caractéristiques et l'usage du produit constitue en général le point de départ de la Commission dans son évaluation du marché de produit en cause. Ils se trouvent dans presque toutes ses décisions. L'analyse consiste en l'examen et la comparaison des caractéristiques physiques (1) et techniques (2) des produits, lesquels représentent un critère objectif de similarité des produits permettant de traduire les conditions de choix des consommateurs et l'usage auquel sont destinés ces produits (3). Il s'agit donc d'une analyse lancastérienne.

1. Les caractéristiques physiques

1049. Les caractéristiques physiques propres des produits sont celles relatives principalement à la nature intrinsèque des biens. Elles sont généralement perçues de la même façon par tous les demandeurs. La détermination de la substituabilité des produits en examinant leurs caractéristiques physiques exige une analyse tant de la composition que de la forme de ces produits. Cela est pour la raison que fréquemment, les produits n'ayant pas de tels éléments ne sont pas qualifiés de substituables. Dans son arrêt *Telefís Eireann c./Commission*, le TPICE a jugé que les magazine de télévision contenant l'ensemble des grilles de programmes télévisés de la semaine à venir font l'objet d'un marché spécifique, qui ne se dilue pas dans celui de

l'information sur les programmes télévisés en général, car ni les grilles hebdomadaires de programmes de chaque chaîne, ni les rubriques de télévision des quotidiens, des journaux du dimanche et de certains magazines non spécialisés, ne sont substituables aux magazines en cause, qui, seuls, permettent aux usagers de prévoir à l'avance les émissions qu'ils souhaitent suivre et, le cas échéant, de planifier en conséquence leurs activités de loisirs de la semaine¹⁴⁴⁹.

1050. La Commission se concentre généralement sur les différences relatives aux caractéristiques des produits afin d'étayer la détermination de marchés de produits étroits. Cette pratique est particulièrement courante pour un large éventail de marchés de produits de grande consommation. Dans la concentration *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, la Commission a fait valoir que les propriétés de la viande de bœuf et de porc, telles que la saveur, le goût, la valeur nutritionnelle, la tendreté et la facilité d'utilisation sont différentes et que le porc frais et le bœuf frais constituent donc des marchés de produits en cause distincts¹⁴⁵⁰. Cette délimitation du marché de la viande a été retenue à plusieurs reprises dans les décisions ultérieures de la Commission¹⁴⁵¹. Dans *Nestlé/Ralston Purina*¹⁴⁵², les marchés distincts ont été définis pour les aliments humides et secs pour animaux domestiques en raison de leurs caractéristiques nutritionnelles différentes. Dans *Hexion/Huntsman*, le marché des résines époxy est divisé en autant de marchés que de types de résines époxy liquides. Chaque type de résine y est distingué en fonction de ses caractéristiques, à savoir la réactivité, la teneur totale en chlore, le poids équivalent époxy, la chaleur, la résistance chimique et la cristallisation¹⁴⁵³.

1051. Dans le secteur du transport aérien, l'appréciation des rapports de substituabilité par la Commission européenne se repose sur des caractéristiques tant physiques que techniques à savoir la longueur des routes, la distance qui sépare les différents aéroports situés aux extrémités de chacune des routes qui composent le faisceau ou le nombre de fréquences sur chaque route¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁴⁹ Arrêt du TPICE du 10 juillet 1991, *Radio Telefís Eireann c./Commission*, T-69/89, Rec. p. II-485, paras. 61-62.

¹⁴⁵⁰ Décision de la Commission du 9 mars 1999, COMP/M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, JOCE L 20 du 25 jan. 2000, paras. 22-26, spéc. para. 24.

¹⁴⁵¹ Décisions de la Commission du 18 déc. 2009, COMP/M.5705, *Marfrig Alimentos/Seara*, JOUE C 9 du 15 jan. 2010, para. 10; du 22 sept. 2010, COMP/M.5933, *Marfrig/Keystone*, JOUE C 289 du 26 oct. 2010, paras. 7-15.

¹⁴⁵² Décision de la Commission du 27 juill. 2001, COMP/M.2337, *Nestlé/Ralston Purina*, JOCE C 239 du 25 août 2001, para. 12.

¹⁴⁵³ Décision de la Commission du 30 juin 2008, COMP/M.4835, *Hexion/Huntsman*, paras. 42-48, spéc. para. 45.

¹⁴⁵⁴ Décision de la Commission du 5 oct. 1992, IV/M.157, *Air France/Sabena*, JOCE C 272 du 21 oct. 1992, para. 25.

Cette approche est appliquée dans une série de décisions de la Commission¹⁴⁵⁵. Précisément, la Commission considère généralement que chaque liaison entre un point d'origine et un point de destination (O&D) constitue un marché de produit en cause. En outre, elle prend en compte les spécificités des groupes de clients différents en faisant la distinction entre les passagers sensibles et non sensibles au facteur temps, et la substituabilité des vols directs et indirects. En ce qui concerne cette dernière, la Commission examine divers facteurs à savoir la durée (liaisons courte, moyen et long courrier), les fréquences et les horaires des vols. Dans *Lufthansa/SN Airholding*, la Commission a déterminé plusieurs liaisons au départ de Bruxelles. Chacune constitue un marché en cause distinct¹⁴⁵⁶. Elle a conclu par ailleurs que les passagers sensibles au facteur temps et ceux n'y étant pas appartiennent à des marchés de produits différents¹⁴⁵⁷, et que les vols indirects et directs font partie du même marché pour les vols long courrier d'une durée supérieure à six heures, d'une distance supérieure à 5000 kms et ayant pour effet une augmentation de la durée du voyage inférieure à 150 minutes¹⁴⁵⁸.

1052. Sur les marchés des services, la Commission s'appuie largement sur les caractéristiques des services et détermine la réputation et l'expertise comme caractéristiques clés dans une série de fusions dans le secteur de la comptabilité¹⁴⁵⁹ et de services bancaires¹⁴⁶⁰. Dans ces affaires, la Commission a défini quatre marchés distincts à savoir le marché de la fourniture de services d'audit et de comptabilité à des grandes entreprises et à des sociétés cotées en bourse, le marché pour la fourniture des services d'audit et de comptabilité aux petites et moyennes entreprises, le

¹⁴⁵⁵ Décisions de la Commission du 28 fév. 1997, M.857, *British Airways/Air Liberté*, JOCE C 149 du 17 mai 1997, para. 15; du 11 août 1999, COMP/JV.19, *KLM/Alitalia*, paras. 21-22; du 11 fév. 2004, COMP/M.3280, *Air France/KLM*, JOUE C 60 du 9 mars 2004, paras. 8-41; du 4 juill. 2005, COMP/M.3770, *Lufthansa/Swiss*, JOUE C 204 du 20 août 2005, paras. 12-14; du 6 août 2008, COMP/M.5181, *Delta Air Lines/Northwest Airlines*, JOUE C 281 du 5 nov. 2008, paras. 8-10; du 22 juin 2009, COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Airholding (Brussels Airlines)*, JOUE C 295 du 4 déc. 2009, paras. 12-14; du 28 août 2009, COMP/M.5440, *Lufthansa/Austrian Airlines*, JOUE C 16 du 22 jan. 2010, paras. 11-14; du 14 juill. 2010, COMP/M.5747, *Iberia/British Airways*, JOUE C 241 du 8 sept. 2010, paras. 9-33; du 14 nov. 2014, COMP/M.7333, *Alitalia/Etihad*, JOUE C 31 du 30 jan. 2015, paras. 63-69.

¹⁴⁵⁶ Décision de la Commission du 22 juin 2009, COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Airholding (Brussels Airlines)*, op. cit.

¹⁴⁵⁷ *Id.*, para. 35.

¹⁴⁵⁸ *Id.*, para. 50.

¹⁴⁵⁹ Décisions de la Commission du 20 mai 1998, COMP/M.1016, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, JOCE L 50 du 26 fév. 1999, paras. 21 et s.; du 1^{er} juill. 2002, COMP/M.2810, *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*, JOCE C 200 du 23 août 2002, para. 24; du 5 sept. 2002, COMP/M.2816, *Ernst & Young France/Andersen France*, para. 40; du 27 août 2002, COMP/M.2824, *Ernst & Young/Andersen Germany*, JOCE C 246 du 12 oct. 2002, para. 38.

¹⁴⁶⁰ Décision de la Commission du 18 oct. 2005, COMP/M.3894, *Unicredito/HVB*, JOUE C 278 du 11 nov. 2005, para. 16. En s'appuyant sur les caractéristiques des services, la Commission a défini les marchés distincts pour les dépôts, les prêts et les cartes de crédit hypothécaire plutôt qu'un marché unique pour tous les produits bancaires de détail.

marché du conseil et de l'assistance en fiscalité, et le marché du conseil et de l'assistance en finance d'entreprise. La délimitation par la Commission d'un marché distinct de la fourniture de services d'audit et de comptabilité à des grandes entreprises et à des sociétés cotés en bourse est fondée sur le raisonnement selon lequel ces dernières ne font appel qu'à des sociétés ayant la réputation nécessaire sur les marchés financiers, la couverture géographique nécessaire pour couvrir leurs besoins dans le monde entier, la compétence requise dans le secteur spécifique et des ressources importantes.

1053. Il convient toutefois de souligner que le terme « caractéristiques » ne se limite pas aux caractéristiques physiques ou techniques du produit. Dans le passé, la Commission a considéré l'image et la perception de la marque comme des facteurs qui limitent la préparation des consommateurs au changement. En effet, à l'occasion de l'affaire *Coca-Cola Enterprise/Amalgamated Beverages GB*, elle a distingué les marchés des boissons gazeuses non alcoolisées et des autres types de boisson en raison de la demande de colas en Grande-Britannique qui est, dans une large mesure, induite par la manière dont les marques sont perçues et l'image que les consommateurs associent avec elles¹⁴⁶¹.

1054. L'utilisation des caractéristiques du produit comme critère de délimitation du marché de produits en cause a été acceptée par la Cour de Justice dans l'affaire fondatrice *United Brands*. La Cour a approuvé le raisonnement de la Commission selon lequel il existe un marché de produits en cause pour les bananes étant donné que ceux-ci présentent certaines caractéristiques distinctes qui limite la substitution de la demande à savoir l'absence de pépins, la disponibilité toute l'année et en particulier le moelleux qui a fait des bananes le fruit de choix pour une catégorie importante de population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades¹⁴⁶².

1055. Inspiré de cette approche européenne, les caractéristiques du produit occupent une place importante dans la délimitation du marché de produit en cause en droit vietnamien. Il est énoncé dans l'article 4, §5a du Décret 116/2005/ND-CP¹⁴⁶³ que « *sont considérés comme substituables au point de vue de leurs caractéristiques des produits ou services possédant de mêmes*

¹⁴⁶¹ Décision de la Commission du 22 jan. 1997, IV/M.794, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*, JOCE L 218 du 9 août 1997, para. 34.

¹⁴⁶² Arrêt de la CJCE du 14 février 1978, *United Brands NV c./commission*, C-27/76, *Rec.* p. 207, para. 31.

¹⁴⁶³ Décret n° 116/2005/ND-CP relatif à l'application précise de certaines dispositions de la loi de la concurrence, *prés.*

caractéristiques physiques et chimiques et de mêmes influences supplémentaires aux utilisateurs ».

1056. Outre les caractéristiques physiques, la Commission examine les caractéristiques techniques des produits.

2. Les caractéristiques techniques

1057. Les caractéristiques techniques recouvrent les spécialisations techniques et les processus de fabrication des produits. Dans les marchés où les caractéristiques techniques représentent un facteur essentiel qui conditionne l'utilisation du produit, ils peuvent représenter en soi un critère indiscutable de la définition d'un marché distinct. La décision *AOL/Time Warner* est une bonne illustration. En effet, il s'agissait de déterminer s'il existait un marché de produit pour la musique enregistrée dans son ensemble ou un marché distinct pour le téléchargement et la diffusion de musique sur internet. À cet égard, la Commission européenne a tenu compte du fait que les CD contiennent des compilations standard alors que les téléchargements permettent de personnaliser les compilations. En outre, les équipements nécessaires pour lire les CD ou la musique téléchargée sont différents. Par conséquent, la Commission est parvenue à la conclusion que le téléchargement et la diffusion de la musique sur internet constituent un marché distinct¹⁴⁶⁴. En particulier, sur les marchés des produits industriels, la délimitation du marché de produits s'est, dans certains cas, limitée à un inventaire des différences de caractéristiques techniques. Dans *GE/Honeywell*¹⁴⁶⁵, la Commission a considéré qu'il convenait de distinguer dans le marché des réacteurs des marchés distincts en se fondant sur l'adaptation de la capacité technique des réacteurs aux catégories d'aéronefs¹⁴⁶⁶. Elle a donc délimité trois marchés de produits en cause distincts à savoir (i) le marché des réacteurs d'avions commerciaux de grande capacité¹⁴⁶⁷, (ii) le

¹⁴⁶⁴ Décision de la Commission du 11 oct. 2000, COMP/M.1845, *AOL/Time Warner*, JOCE L 268 du 9 oct. 2001, paras. 17-27.

¹⁴⁶⁵ Décision de la Commission du 3 juill. 2001, COMP/M.2220, *GE/Honeywell*, JOCE L 48 du 18 fév. 2004, paras.

¹⁴⁶⁶ *Id.*, paras. 11-12. La demande de réacteurs émane des avionneurs et des utilisateurs finals. Lorsqu'ils développent une nouvelle plate-forme d'avion, les avionneurs choisissent les moteurs qui vont propulser l'avion en question. Pour ce faire, ils tiennent compte des possibilités techniques du moteur et de la demande future des clients finals. Lorsqu'elles achètent des avions, les compagnies aériennes peuvent choisir celles avec des moteurs spécifiques qui peuvent maximiser les avantages liés à la communalité des moteurs et des appareils au sein de leur flotte. Les personnes physiques et les entreprises font l'acquisition des avions d'affaires qui ont des exigences moindres au niveau du moteur.

¹⁴⁶⁷ *Id.*, para. 14. Les avions commerciaux de grande capacité transportent généralement plus de 100 passagers sur de longues distances (2000 – 8000 miles nautiques) et composent la plus grosse partie des flottes des compagnies aériennes commerciales.

marché des réacteurs d'avions de transport régional¹⁴⁶⁸ et (iii) le marché des réacteurs d'avions d'affaires¹⁴⁶⁹. Dans *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, les systèmes de télématique routière destinés aux entreprises de transport et de logistique et ceux destinés à la clientèle privée sont définis comme appartenant à des marchés différents. La Commission européenne a fait valoir que les entreprises de transport et de logistique accordant la priorité aux services qui permettent de contrôler et d'optimiser les processus de commande, d'optimiser les coûts et de transmettre des informations, le matériel comme les logiciels est donc conçu de manière à ce que des données sur la position ou la situation du véhicule au moyen de récepteurs GPS soient collectées et expédiées à une station de contrôle en utilisant le réseau de téléphonie mobile ou par satellite¹⁴⁷⁰. Par ailleurs, les services souhaités par ces entreprises exigent également la participation active du transporteur à l'échange d'informations. En revanche, pour la clientèle privée comme les utilisateurs de voitures particulières, les logiciels sont conçus de manière à ce qu'un central leur transmette directement les informations mentionnées au considérant précédent¹⁴⁷¹. Les caractéristiques techniques des logiciels et des services remplissant des fonctions spécifiques, la Commission a conclu que les systèmes de télématique routière destinés aux entreprises de transport et de logistique constituent un marché de produit en cause distinct.

1058. Dans certaines de ses décisions dans le secteur du transport, la Commission a retenu les caractéristiques techniques comme critère principal pour la segmentation des marchés. Dans *Renault/Volvo*, le marché de camions a été segmenté en marché des camions de 5 à 16 tonnes et celui d'un tonnage supérieur à 16 tonnes au motif de leur configuration technique très différente. La Commission a en effet indiqué que la gamme des camions de haute gamme présente des caractéristiques plus sophistiquées du fait qu'elle doit répondre à de plus fortes exigences en terme de durabilité et qu'il en est attendu des coûts d'utilisation plus bas¹⁴⁷². Elle a également

¹⁴⁶⁸ *Id.*, para. 19. Les avions de transport régional transportent généralement moins de 100 passagers sur des distances relativement courtes (jusqu'à 1500 – 2000 miles nautiques) dans des conditions plus rentables qu'un avion à fuselage étroit.

¹⁴⁶⁹ *Id.*, para 30. Les avions d'affaires à réaction sont beaucoup plus petits que les avions de transport régional, ils n'ont ni les mêmes profils de mission ni les mêmes exigences au niveau du moteur. Ils volent moins fréquemment, transportent moins de passagers et ne sont pas affectés à des lignes spécifiques comme les aéronefs commerciaux de passagers.

¹⁴⁷⁰ Décision de la Commission du 30 avril 2003, COMP/M.2903, *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV*, JOUE L 300 du 18 nov. 2003, paras. 25-31.

¹⁴⁷¹ *Id.*, para. 24.

¹⁴⁷² Décision de la Commission du 7 nov. 1990, IV/M.0004, *Renault/Volvo*, JOCE C 281 du 9 nov. 1990, para. 10.

souligné que la politique de commercialisation des camions s'appuie sur ces caractéristiques techniques auxquelles les acheteurs accordent une grande importance.

1059. Une même approche est adoptée dans *Seb/Moulinex* dans laquelle la Commission a distingué 13 marchés de produits au sein du petit électroménager. Le marché des mini-fours a fait l'objet d'une contestation par les parties à l'opération qui ont estimé que le marché devait être élargi en prenant compte d'autres produits. La Commission a fait valoir que les mini-fours étaient posés directement sur un plan de travail, pesaient environ 20 kilos et d'une capacité variant de 10 à 35 litres. Ils servent à la cuisson de tous aliments, dans la limite de leur capacité. Ces caractéristiques les distinguent de la catégorie des fours encastrables ou intégrés à une cuisinière combinant alors cuisson et plaques ou brûleurs destinés à la cuisson¹⁴⁷³. Les mini-fours constituent donc un marché pertinent distinct.

1060. Bien qu'il ne soit pas systématiquement considéré par la Commission, le processus de fabrication est parfois retenu dans l'appréciation de la substituabilité des produits. Ainsi, dans *Emerson Electric/Chloride Group*, les systèmes d'alimentation électrique sans interruption (UPS) à moyenne et haute tension capables de fournir une puissance égale ou supérieure à 10 kVA sont considérés comme représentant un marché différent des UPS de faible puissance capables de fournir uniquement jusqu'à 10 kVA en raison des différences technologiques et les techniques de production complexes¹⁴⁷⁴. Dans *Mondi/Powerflute*, la Commission a délimité de manière étroite le marché des cannelures en distinguant les marchés pour les cannelures provenant de fibres de bois vierges et les cannelures recyclées. Le processus de production étant très différent, non seulement par rapport à la matière première mais aussi aux lignes de production. En outre, pour les produits de fibres de bois vierges, une usine de pâte à papier est nécessaire, dont le coût de mise en place est très élevé¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷³ Décision de la Commission du 11 nov. 2003, COMP/M.2621, *Seb/Moulinex*, JOUE L 138 du 1^{er} juin 2005, para. 25.

¹⁴⁷⁴ Décision de la Commission du 24 août 2010, COMP/M.5886, *Emerson Electric/Chloride Group*, JOUE C 265 du 30 sept. 2010, paras. 9-12. V. également décisions de la Commission du 21 nov. 2001, COMP/ECSC.1351, *Usinor/Arbed/Aceralia*, para. 30 ; du 29 avril 1993, COMP/M.310, *Harrisons & Crosfield/Akzo*, JOCE C 128 du 8 mai 1993, paras. 22-25 ; du 30 sept. 1992, COMP/M.214, *ICI/Du Pont*, JOCE L 7 du 13 jan. 1993, paras. 11 et 17 ; du 8 nov. 1991, COMP/M.146, *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, JOCE C 300 du 21 nov. 1991, para. 14.

¹⁴⁷⁵ Décision de la Commission du 23 mai 2018, COMP/M.831, *Mondi/Powerflute*, JOUE C 324 du 13 sept. 2018, para. 36.

1061. La considération du processus de fabrication a été déterminée pour conclure à la segmentation du marché dans certaines affaires. A titre d'exemple, dans *Suzano Papel e Celulose/Fibria Celulose*, la Commission a confirmé le point de vue des parties à la concentration selon lequel la fabrication de pâte chimique et de pâte mécanique implique des équipements, des technologies et des procédés de fabrication différents. Précisément, alors que cette dernière est fabriquée en affaiblissant et en séparant les fibres par une action mécanique, la pâte chimique est produite soit par le procédé au sulfite, soit par le procédé kraft¹⁴⁷⁶. Ainsi, chaque type de pâte appartient aux marchés de produits différents.

1062. Dans certains secteurs, l'analyse des caractéristiques physiques et techniques suffit pour conclure un marché distinct constitué par le produit en cause. C'est particulièrement le cas des marchés de produits pharmaceutiques pour lesquels les possibilités de substitution sont limitées par leurs diverses propriétés pharmacologiques et indications thérapeutiques. Ces particularités font que les marchés peuvent être segmentés en marchés très étroits. Le point de départ de la Commission pour délimiter les marchés de produits pharmaceutiques consiste généralement en examen des produits selon leur classe thérapeutique par référence à la classification « *Anatomical Therapeutic Classification* » (ATC) de l'association européenne des entreprises pharmaceutiques EphMRA. Cette classification est largement reconnue au niveau mondial, notamment par l'« *Intercontinental Medical Statistics* » (IMS) qui utilise dans le cadre de l'élaboration de statistiques pour l'industrie pharmaceutique. Dans une série d'affaires¹⁴⁷⁷, la Commission se réfère au troisième niveau de l'ATC (ATC3) qui permet de regrouper les médicaments en fonction de leurs indications thérapeutiques pour définir les marchés de produits en cause. Lorsque figurent dans la classe ATC3, des produits ayant des indications clairement différentes, elle délimite les marchés de manière plus étroite en se fondant sur d'autres critères,

¹⁴⁷⁶ Décision de la Commission du 29 nov. 2018, COMP/M.8951, *Suzano Papel e Celulose/Fibria Celulose*, JOUE C 21 du 17 jan. 2019, paras. 32-33.

¹⁴⁷⁷ Décisions de la Commission du 27 février 2003, COMP/M.2922, *Pfizer/Pharmacia*, JOUE C 110 du 8 mai 2003, para. 15; du 26 avril 2004, COMP/M.3354, *Sanofi Synthelabo/Aventis*, JOUE C 213 du 25 août 2004, para. 15; du 19 nov. 2004, COMP/M.3544, *Bayer Healthcare/Roche (OTC Business)*, JOUE C 7 du 11 jan. 2005, para. 12; du 6 jan. 2006, COMP/M.4007, *Reckitt Benckiser/Boots Healthcare International*, JOUE C 92 du 20 avril 2006, para. 9; du 9 août 2010, COMP/M.5778, *Novartis/Alcon*, JOUE C 20 du 21 jan. 2011, para. 9; du 25 oct. 2010, COMP/M.5953, *Reckitt Benckiser/SSL*, JOUE C 333 du 10 déc. 2010, paras. 10-12; du 12 jan. 2011, COMP/M.5999, *Sanofi-Aventis/Genzyme*, JOUE C 226 du 28 juill. 2012, paras. 8-10; du 5 août 2013, COMP/M.6969, *Valeant Pharmaceuticals International/Bausch & Lomb Holdings*, JOUE C 247 du 28 août 2013, para. 10; du 16 mars 2015, COMP/M.7480, *Actavis/Allergan*, JOUE C 123 du 17 avril 2015, paras. 9-11; du 27 août 2018, COMP/M.8974, *Procter & Gamble/Merck Consumer Health Business*, JOUE C 365 du 9 oct. 2018, para. 11; du 4 déc. 2018, COMP/M.9044, *CVC/Recordati*, JOUE C 38 du 31 jan. 2019, paras. 8-10.

en particulier sur les composants moléculaires, la force des dosages et la forme pharmaceutique. Dans *Teva/Barr*, la Commission indique qu'il serait approprié de délimiter les marchés à un niveau plus détaillé. Les marchés de produits en cause ont donc été définis en fonction de l'ATC4. Il convient de noter à cet égard que pour l'instant, la Commission considère les produits d'origine et génériques comme appartenant au même marché parce qu'ils présentent les mêmes qualités thérapeutiques et s'avèrent biologiquement équivalents¹⁴⁷⁸. Ainsi, la pratique décisionnelle de la Commission montre que lorsque les princeps font l'objet d'une fabrication sous produit générique, l'ATC4 est souvent retenu comme critère d'appréciation de la substituabilité des produits. Dans *Sanofi-Aventis/Zentiva*, étant donné l'interrelation entre les princeps et les génériques, la Commission a jugé nécessaire d'explorer l'équivalence fonctionnelle au niveau de l'ATC4 constituant une subdivision supplémentaire qui peut être basée sur des critères thérapeutiques ou plus fréquemment pharmacologiques tels que la classe de molécules, la formulation ou le mode d'action¹⁴⁷⁹. Elle souligne également que même dans le cas où la molécule est la même, la formulation de deux médicaments peut différer en terme de dosages, de mode d'administration, d'adjuvants et d'ingrédients inactifs en fonction desquels le marché peut encore être subdivisé¹⁴⁸⁰. Ces dernières années, l'ATC4 est de plus en plus pris par la Commission européenne comme point de départ de l'appréciation de la substituabilité. Il convient de noter que si le système de classification opéré par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) diffère quelque peu de la classification EPhMRA, les concepts de ces deux classifications sont les mêmes et elles sont très concordantes¹⁴⁸¹.

1063. Alors qu'il est vrai que les caractéristiques des produits permettent de limiter la recherche des possibilités de substitution, une différence entre deux produits quant aux caractéristiques ne semble pas, dans la plupart des cas, suffire en soi pour distinguer deux marchés. Des caractéristiques différentes conduisent généralement à des utilisations finales différentes des

¹⁴⁷⁸ Décisions de la Commission du 19 déc. 2008, COMP/M.5295, *Teva/Barr*, JOUE C 10 du 15 jan. 2009, para. 14; du 27 mai 2005, COMP/M.3751, *Novartis/Hexal*, para. 3.

¹⁴⁷⁹ Décision de la Commission du 4 fév. 2009, COMP/M.5253, *Sanofi-Aventis/Zentiva*, JOUE C 66 du 20 mars 2009, para. 16.

¹⁴⁸⁰ *Id.*, para. 20.

¹⁴⁸¹ Décision de la Commission du 26 avril 2004, COMP/M.3354, *Sanofi-Synthelabo/Aventis*, op. cit., para. 15. La classification de l'OMS comprend cinq niveaux et les catégories relatives à des domaines particuliers ne sont pas toujours les mêmes que le système EPhMRA. Dans les deux systèmes de classifications, le niveau moléculaire est le niveau le plus étroit.

produits. Le marché sera cerné au plus près en guidant l'analyse des conditions d'utilisation des produits par les utilisateurs ou consommateurs.

3. L'usage du produit

1064. La finalité des produits sont des éléments fondamentaux perçus sous les yeux des consommateurs. Fréquemment, si deux produits apparaissent satisfaire le même besoin, ils sont considérés comme des substituts et ainsi appartenant au même marché en cause. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*¹⁴⁸². La Roche contestait le marché pertinent constitué par les vitamines des groupes C et E en faisant valoir qu'ils font partie de marchés plus vastes qui engloberaient des autres produits. La CJCE a donné raison à la Commission européenne en jugeant que la notion de marché des produits implique qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché^{1483 1484}. Ayant des caractéristiques spécifiques, l'usage des produits exerce une influence significative sinon déterminante sur l'appréciation de la substituabilité sur le marché des produits pharmaceutiques. À titre d'exemple, dans *Reckitt Benckiser/Boots Healthcare International*¹⁴⁸⁵, la Commission a évalué que le Dettol est principalement un désinfectant pour les sols et les surfaces domestiques mais il peut être également utilisé comme désinfectant pour la peau. En revanche, le Sterilon n'est qu'un antiseptique cutané. Cela l'a conduit à conclure que les deux produits, qui sont classés dans le même groupe ATC, ne sont pas nécessairement le substitut le plus proche l'un pour l'autre en raison de leur usage principal différent. Dans le secteur de l'emballage souple, l'usage final des produits a été également retenu comme indice principal de substituabilité. Dans sa décision *Alcan/Flexpack*, la Commission a segmenté le marché des emballages souples en

¹⁴⁸² Arrêt de la CJCE du 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c./commission*, C-85/76, préc.

¹⁴⁸³ *Id.*, para. 28.

¹⁴⁸⁴ Dans son fameux arrêt *Cellophane*, la Cour Suprême américaine a eu recours, *inter alia*, à l'usage des produits pour décider que les emballages en cellophane et ceux d'autres matériaux appartenaient au même marché : « *In determining the market under the Sherman Act, it is the use of uses to which the commodity is put that control [...] There are various flexible wrapping materials that are bought by manufactures for packaging their goods in their own plants or are sold to converters who shape and print them for use in the packaging of the commodities to be wrapped. Cellophane differs from other flexible packaging materials. From some it differs more than other [...]. It may be admitted that cellophane combines the desirable elements of transparency, strength and cheapness more definitely than any of the others [...]. But despite cellophane's advantages, it has to meet competition from other material in every one of its uses [...]. Thus cellophane shares the packaging market with other* ». *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

¹⁴⁸⁵ Décision de la Commission du 6 jan. 2006, COMP/M.4007, *Reckitt Benckiser/Boots Healthcare International*, *op. cit.*, paras. 13-22.

distinguant les clients et les ventes en fonction de l'utilisation finale des produits dans l'industrie. Ainsi, il existe des marchés de produits distincts pour les emballages (i) de produits alimentaires, (ii) de dispositifs médicaux, (iii) de produits pharmaceutiques, (iv) de produits ménagers, et (v) d'autres produits non alimentaires¹⁴⁸⁶.

1065. Il convient de souligner toutefois que les produits en cause ne doivent pas seulement rendre les mêmes services, encore faut-il qu'ils puissent être utilisés de la même manière ou de manière équivalente par le consommateur. Pourtant, la détermination de la même manière d'usage des produits par le consommateur n'est pas toujours faite de façon facile, notamment des produits ayant plusieurs utilités et utilisés pour différents besoins. Par exemple, le riz usiné est utilisé pour la consommation pour la plupart des consommateurs mais aussi pour les aliments des animaux ou la fabrication de l'alcool par certains autres. L'utilité des produits ou services doit alors être déterminée en se basant sur l'utilité la plus essentielle du produit ou du service. Il s'agit de l'approche adoptée par la Commission européenne dans l'affaire *Napier Brown*. Dans sa décision, la Commission a considéré que les sucres spéciaux, les sucres liquides et les sirops ne répondent pas aux mêmes besoins que les sucres cristallisés et ne font donc pas partie du même marché du fait qu'ils ne sont pas substituables pour les consommateurs. Elle a montré par ailleurs que les substituts de sucre produits industriellement, tels que la saccharine, les cyclamates ou l'aspartame ne concurrencent le sucre naturel que pour un petit nombre d'usages, tels que les produits diététiques, et ne font donc pas non plus partie du même marché¹⁴⁸⁷.

1066. Cette approche est toujours valable dans la pratique décisionnelle récente de la Commission. Dans une toute récente décision, *Suzano papel e Celulose/Fibria Celulose*, la Commission a rejeté la délimitation du marché des produits des parties à l'opération selon laquelle la pâte de bois chimique, y compris la pâte de bois blanchie ou non blanchie, la pâte en

¹⁴⁸⁶ Décision de la Commission du 24 fév. 2003, COMP/M.3049, *Alcan/Flexpack*, JOUE C 78 du 1^{er} avril 2003, paras. 8-12. V. également décisions de la Commission du 30 août 2002, COMP/M2840, *Danapak/Teich/JV*, JOCE C 226 du 21 sept. 2002, paras. 11-17 ; du 11 juin 2001, COMP/M.2441, *Amcors/Danisco/Ahlstrom*, JOCE C 273 du 28 sept. 2001, paras. 8-12.

¹⁴⁸⁷ Décision de la Commission du 18 juill. 1988, IV/30.178, *Napier Brown-British Sugar*, JOCE L 284 du 19 oct. 1988, para. 42. V. également décision de la Commission du 22 juill. 1992, COMP/M.190, *Nestlé/Perrier*, JOCE L 356 du 5 déc. 1992, paras. 11-12. Les eaux de source embouteillées constituent un marché distinct notamment du fait de leurs différences avec les autres boissons rafraîchissantes sans alcool en termes de composition, de goût et donc d'usage : « [...] Les boissons rafraîchissantes sont bues en plus petites quantités, non seulement pour éteindre la soif, mais également afin de se procurer un plaisir gustatif particulier, souvent en société. [...] Le consommateur final achète régulièrement des eaux de source pour un usage quotidien en grande quantité afin de satisfaire un besoin alimentaire fondamental, alors que les boissons rafraîchissantes sont consommées de manière plus occasionnelle ».

flocons et la pâte de résineux et de feuillus, constitue le marché de produits en cause. Elle a apprécié qu'une segmentation du marché de la pâte de bois chimique soit possible. Ainsi, la Commission a fait valoir que la pâte à dissoudre devait constituer un marché de produit en cause distinct en raison de son utilisation principale dans l'industrie textile et non dans l'industrie des produits en papier¹⁴⁸⁸. De même, la pâte en flocons est principalement utilisée pour les produits finis qui nécessitent de fortes qualités d'absorption, tels que les couches et les produits d'hygiène féminine. Par conséquent, il existe un marché distinct pour ce produit¹⁴⁸⁹. Pareillement, la pâte blanchie est principalement utilisée pour les papiers d'impression et d'écriture blancs, les produits en papier tissu, les produits spéciaux et certains emballages, tandis que la pâte non blanchie est principalement utilisée pour les emballages, les sacs en papier et les enveloppes car elle est de couleur brune¹⁴⁹⁰. Les marchés pour la pâte blanchie et la pâte non blanchie doivent donc être distingués.

1067. Si, dans une certaine mesure, la Commission européenne a d'abord mis l'accent sur une analyse détaillée des caractéristiques et usages des produits, les exemples analysés ci-dessus montrent que ces critères ne sont généralement ni une condition nécessaire ni une condition suffisante pour que les produits soient considérés comme étant substituables. Un aspect important du concept de substituabilité de la demande est la question de la substituabilité fonctionnelle.

B. La substituabilité fonctionnelle des produits

1068. D'une manière générale, les produits fonctionnellement substituables sont considérés comme faisant partie du même marché de produits lorsqu'il existe une relation concurrentielle suffisamment forte entre eux. Cependant, il convient de souligner que la Commission européenne n'a pas tendance à admettre que la substituabilité fonctionnelle, à elle seule, soit suffisante pour regrouper deux produits dans un seul marché de produits. Plusieurs exemples l'illustrent¹⁴⁹¹. La concurrence de plus en plus accrue fait apparaître deux questions qui méritent

¹⁴⁸⁸ Décision de la Commission du 29 nov. 2018, COMP/M.8951, *Suzano Papel e Celulose/Fibria Celulose*, op. cit., para. 35.

¹⁴⁸⁹ *Id.*, para. 38.

¹⁴⁹⁰ *Id.*, para. 42.

¹⁴⁹¹ Décisions de la Commission du 21 août 2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan*, JOUE L 314 du 1^{er} déc. 2007, paras. 34-38 ; du 15 juill. 2005, COMP/M.3732, *Procter & Gamble/Gillette*, JOUE C 239 du 29 sept. 2005, paras. 8-16 ; du 3 mai 2005, COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, JOUE L 61 du 2 mars 2006, paras. 40-42 ;

une analyse particulière. Il s'agit de savoir si les produits vendus sous marques de fabricant et de distributeurs sont en concurrence sur le même marché de produits (1) et si les nouveaux produits ou services devraient être considérés comme faisant partie du même marché que les produits ou services qu'ils visent à remplacer (2).

1. Les produits vendus sous marque de fabricant et de distributeurs

1069. Il existe un bon nombre d'affaires dans lesquelles la Commission a été amenée à apprécier s'il existe une substituabilité entre les produits des marques de distributeurs et les produits des marques de fabricant. La lecture de sa pratique décisionnelle révèle qu'en vue de cette appréciation, la Commission établit une distinction entre la concurrence au niveau du détail et celle au niveau du gros.

1070. En ce qui concerne la concurrence au niveau du détail, la Commission estime que les produits vendus sous marques de distributeurs exercent une pression concurrentielle suffisante pour pouvoir constituer un substitut des produits vendus sous marques de fabricant pour les consommateurs. Dans *Buitenfood/Ad Van Geloven Holding/JV*, elle a déclaré qu'il existait une certaine substituabilité du côté de la demande entre les produits de restauration rapide surgelés de marque et ceux proposés sous marque de distributeur (MDD) en faisant valoir que ces derniers sont très similaires en termes de qualité et offrent une alternative crédible et meilleur prix aux produits de marque. En outre, elle a indiqué que la part de marché croissante des produits de MDD au cours des dernières années semble montrer que les consommateurs sont disposés à changer les produits de marques de fabricant pour les produits de MDD. Par conséquent, la Commission a conclu que les produits de marque et ceux de MDD peuvent être considérés comme appartenant à un même marché de produits sur lequel ils exercent l'un sur l'autre une certaine pression concurrentielle¹⁴⁹². Elle a toutefois noté que les produits de MDD ne constituent pas un substitut parfait aux produits de marque car certains consommateurs s'en tiennent à ces derniers qui leur provoquent notamment une implication émotionnelle plus élevée par rapport à certains segments de produits. Dans une affaire antérieure, la Commission a raisonné de la même manière lorsqu'elle est amenée à évaluer la concurrence entre les tablettes

du 8 déc. 2003, COMP/M.3284, *Outokumpu/Boliden*, JOUE C 25 du 29 jan. 2004, paras. 33-35 ; du 22 jan. 1997, IV/M.794, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*, JOCE L 218 du 9 août 1997, paras. 30-33.

¹⁴⁹² Décision de la Commission du 13 jan. 2012, COMP/M.6321, *Buitenfood/Ad van Geloven Holding/JV*, JOUE C 63 du 2 mars 2012, paras. 30-35.

de chocolats de marque de fabricant et de MDD¹⁴⁹³. En effet, elle a indiqué que la qualité des produits vendus sous MDD est dans une large mesure similaire à celle des produits de marque et que ces produits sont donc en concurrence les uns avec les autres. La Commission a reconnu par ailleurs que cette interaction concurrentielle entre les produits de marque et de MDD représentait des éléments utiles pour saisir la dynamique de la concurrence au niveau où les consommateurs finaux font leur choix parmi une gamme de produits comprenant les marques de fabricant et les marques de distributeurs¹⁴⁹⁴.

1071. En revanche, en ce qui concerne la concurrence au niveau du gros, la Commission délimite généralement les marchés distincts pour les produits vendus sous marque de fabricant et ceux vendus sous MDD. Dans *Südzucker/Saint Louis Sucre*, la Commission a constaté que la substituabilité de la demande en ce qui concerne le sucre de marque au niveau du gros était limitée en raison des préférences des consommateurs et d'effort de commercialisation des fournisseurs¹⁴⁹⁵. Elle a en effet fait valoir que les facteurs qui guident les distributeurs dans le choix des produits portant la marque d'un fabricant sont principalement ceux qui affectent la position du produit sur le marché de détail en aval et que les distributeurs ne peuvent choisir de façon réaliste que parmi les produits dont les ventes sont promues dans une certaine mesure par le biais de la publicité dans la région¹⁴⁹⁶. En revanche, lorsque les produits fournis par un fabricant à un distributeur sont destinés à être vendus sous la propre marque de ce dernier, ces facteurs sont sans importance¹⁴⁹⁷. Il convient de souligner que cette délimitation des marchés distincts pour les produits de marque de fabricant et ceux de MDD au niveau du gros a été retenue malgré que ces produits constituent un même marché en cause au niveau de détail¹⁴⁹⁸. Le même raisonnement a été appliqué dans *Masterfoods/Royal Canin* dans laquelle la Commission a

¹⁴⁹³ Décision de la Commission du 6 jan. 2010, COMP/M.5644, *Kraft Foods/Cadbury*, JOUE C 29 du 5 fév. 2010.

¹⁴⁹⁴ *Id.*, para. 49. V. également décisions de la Commission du 3 mars 2005, COMP/M.3658, *Orkla/Chips*, JOUE C 73 du 23 mars 2005, paras. 11-13 ; du 22 jan. 1997, COMP/M.794, *Coca-Cola Enterprises/Amalgamated Beverages GB*, op. cit., paras. 64-67 ; du 16 jan. 1996, COMP/M.623, *Kimberly-Clark/Scott Paper*, JOCE L 183 du 23 juill. 1996, para. 48.

¹⁴⁹⁵ Décision de la Commission du 20 déc. 2001, COMP/M.2530, *Südzucker/Saint Louis*, JOCE L 103 du 24 avril 2003, paras. 14-23.

¹⁴⁹⁶ *Id.*, para. 19.

¹⁴⁹⁷ *Id.*, para. 20.

¹⁴⁹⁸ V. également décisions de la Commission du 30 sept. 2010, COMP/M.5958, *GS/TPG/Ontex*, JOUE C 302 du 9 nov. 2010, paras. 18 et 24-30 ; du 5 sept. 2007, COMP/M.4533, *SCA/P&G (European tissue business)*, JOUE C 275 du 16 nov. 2007, paras. 15-20 ; du 21 mars 2002, COMP/M.2522, *SCA Hygiene Products/Carthinvest*, JOCE C 106 du 3 mai 2002, paras. 8-9 ; du 31 jan. 2001, COMP/M.2097, *SCA/Metsä Tissue*, JOCE L 57 du 27 fév. 2002, paras. 20-28.

conclu que la fourniture d'aliments pour animaux de marque et d'aliments pour animaux de MDD aux détaillants appartenait à des marchés de produits différents¹⁴⁹⁹. Dans *Refresco Group/Pride Foods*, elle a fait valoir que les détaillants avaient besoin, sur leurs étagères, de tous les deux types d'embouteilles des boissons rafraîchissantes non gazeuses de marque et de MDD mais que les deux marchés fonctionnent selon des dynamiques différentes: partage des risques et des responsabilités, durée du contrat, prix au litre, processus de vente et d'appel d'offre, etc. La production et l'embouteillage de boissons rafraîchissantes non gazeuses de MDD pour les détaillants et la fabrication de boissons rafraîchissantes non gazeuses de marque pour les propriétaires de marques ont été donc considérées comme appartenant à des marchés distincts¹⁵⁰⁰.

1072. Dans certains cas, la Commission a toutefois reconnu l'existence d'un marché unique pour les produits de marque de fabricant et de MDD au niveau du gros. À titre d'exemple, dans *Friesland/Campina*, malgré les procédures d'approvisionnement différentes, la Commission a souligné que dans une situation où la masse des produits commercialisés sous marques de distributeur et des produits commercialisés sous marques de producteur serait fournie par les mêmes entreprises, il serait possible de supposer que ces entreprises tiennent compte, dans le cadre de l'approvisionnement de leurs clients, de la substituabilité des marques de distributeur et de producteur parmi les clients finaux. En cas d'espèce, aussi bien Campina que Friesland Foods fournissent aux détaillants les produits laitiers frais de base sous marque de producteur et de MDD aux Pays-Bas. La Commission a donc conclu qu'il existait un marché unique en cause pour la fourniture des produits laitiers frais de base sous marque et sous MDD au niveau du gros¹⁵⁰¹.

1073. Alors que l'analyse de la substituabilité entre les produits de marque de fabricant et les produits de MDD n'est pas toujours facile, celle entre les produits ou services offerts sur les marchés dynamiques et innovants pose des défis particuliers.

¹⁴⁹⁹ Décision de la Commission du 15 février 2002, COMP/M.2544, *Masterfoods/Royal Canin*, JOCE C 79 du 3 avril 2002, para. 12. V. également décision de la Commission du 27 juill. 2001, COMP/M.2337, *Nestlé/Ralston Purina*, JOCE C 239 du 25 août 2001, para. 17.

¹⁵⁰⁰ Décision de la Commission du 4 oct. 2013, COMP/M.6924, *Refresco Group/Pride Foods*, JOUE C 26 du 29 jan. 2014, paras. 41-45.

¹⁵⁰¹ Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009, paras. 181 et 1102-1106.

2. Les produits et services innovants

1074. Face aux opérations ayant lieu sur un marché dit nouveau et en pleine évolution, la Commission a tendance de déterminer des marchés distincts pour les nouveaux produits, malgré l'existence d'une relation de concurrence entre ces produits et les produits existants. Si cette approche s'avère pertinente dans certaines affaires, elle est souvent critiquée dans d'autres.

1075. La Commission a été, à plusieurs reprises, amenée à déterminer si les ventes en ligne constituent un marché distinct ou s'il s'agissait plutôt un nouveau canal de distribution en concurrence avec les canaux de distribution existants. Dans *Amadeus/GGL/JV*, la Commission a considéré que les services fournis par les agences de voyages virtuelles étaient substituables aux services fournis par les agences de voyages traditionnelles et les clients pouvaient choisir de s'approvisionner auprès des unes ou des autres. Elle a donc conclu que la fourniture de services d'agence de voyages en ligne ne constitue pas un marché différent de celui de la fourniture des services d'agences de voyages par des agences de voyages traditionnelles qui ont une existence physique¹⁵⁰². De même, dans *Téléfónica/Turmed/Rumbo*, les services de voyages en ligne a été considéré comme appartenant au même marché de produit en cause que les services de voyages fournis par les agences de voyages traditionnelles car celles-ci, les agences de voyages virtuelles et les agences de voyages fournissant des services par téléphone offrent les mêmes produits et les mêmes prix¹⁵⁰³. Pourtant, la Commission a considéré des marchés distincts pour les agences de voyages en ligne et les agences de voyages traditionnelles dans *Thomas Cook/Travel Business of Co-operative Group/Travel Business of Midlands Co-operative Society*. Le raisonnement qui l'a conduite à cette conclusion consiste au fait que les agences de voyages traditionnelles pratiquent un taux de commission et des prix plus élevés (environ 5%) que les agences de voyages en ligne et que l'utilisation de ces premières par les voyageurs s'est accrue¹⁵⁰⁴. Selon la Commission, cela ne montre pas que la pression concurrentielle des services fournis par les agences de voyages en

¹⁵⁰² Décision de la Commission du 21 mai 2002, COMP/M.2794, *Amadeus/GGL/JV*, JOCE C 135 du 6 juin 2002, para. 10. V. également décision de la Commission du 27 avril 2000, COMP/M.1812, *Téléfónica/Terra/Amadeus*, JOCE C 235 du 17 août 2000, para. 10.

¹⁵⁰³ Décision de la Commission du 28 fév. 2008, COMP/M.5038, *Téléfónica/Turmed/Rumbo*, JOUE C 84 du 3 avril 2008, para. 11.

¹⁵⁰⁴ Décision de la Commission du 6 jan. 2011, COMP/M.5996, *Thomas Cook/Travel Business of Co-operative Group/Travel Business of Midlands Co-operative Society*, paras. 24-27.

ligne est suffisamment forte pour les considérer comme faisant partie du même marché que ceux fournis par les agences de voyages traditionnelles¹⁵⁰⁵.

1076. La Commission a adopté la même approche lorsqu'elle a procédé à délimiter les marchés en cause dans le secteur de la musique. En effet, dans *Sony/BMG*, la Commission a rejeté la délimitation du marché des parties à l'opération selon laquelle la distribution numérique et la distribution physique de la musique enregistrée constituent deux modes de distribution d'un même produit. Elle a fait valoir que les ventes à l'unité de services en ligne de musique « à la carte » visaient principalement les singles et pratiquement l'ensemble des téléchargements mobiles concernent des singles alors que la demande en singles sur supports physiques tend à diminuer en raison de la différence de prix limitée par rapport aux albums¹⁵⁰⁶. Le fait que les consommateurs sont en mesure d'acquérir une chanson en particulier plutôt que l'album complet pourrait constituer la principale raison pour eux de favoriser le marché numérique. En outre, les CD physiques disposent de la valeur ajoutée telle qu'une meilleure qualité sonore, l'absence de restrictions d'utilisation liée à la DRM et la présentation graphique, la pochette, le livret et les paroles. Enfin, les modèles de commerce numérique tels que le streaming ne permettent qu'un stockage limité de la musique et ne peut dès lors pas être comparé avec l'achat d'un CD traditionnel¹⁵⁰⁷. À ceci s'ajoute la différence de la structure des services de musique numérique et celle de la vente physique¹⁵⁰⁸. Par conséquent, la Commission a déclaré que le marché numérique et le marché physique de la musique appartiennent à des marchés distincts. Cette conclusion a été confirmée dans *Universal Music Group/EMI Music*¹⁵⁰⁹.

1077. Dans le secteur de la télévision payante, la pratique décisionnelle de la Commission est abondante. Dans *NewsCorp/Telepiù*, la Commission indique que la télévision payante est financée par les abonnements et dans une moindre mesure, par la publicité alors que la télévision

¹⁵⁰⁵ *Id.*, para. 28.

¹⁵⁰⁶ Décision de la Commission du 3 oct. 2007, COMP/M.3333, *Sony/BMG*, JOUE C 94 du 16 avril 2008, para. 24.

¹⁵⁰⁷ *Id.*, para. 25.

¹⁵⁰⁸ *Id.*, para. 26.

¹⁵⁰⁹ Décision de la Commission du 21 sept. 2012, COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, JOUE C 220 du 1^{er} août 2013, paras. 115-128 et 164-168. V. également décision de la Commission du 25 juill. 2014, COMP/M.7290, *Apple/Beats*, JOUE C 260 du 9 août 2014, para.18 (dans cette décision, la Commission a considéré qu'il n'était pas nécessaire de segmenter le marché numérique de la musique en un marché de la musique numérique obtenue par téléchargement et un autre de la musique obtenue par le streaming. Elle a également souligné que toute différence qui pourrait exister entre le streaming et le téléchargement serait susceptible de devenir moins marquée à l'avenir).

à accès libre est financée par la publicité et/ou par des fonds publics¹⁵¹⁰. En outre, il n'existe, dans le cas de cette dernière, de relation commerciale qu'entre le fournisseur de programmes et le secteur de la publicité. Dans le cas de télévision payante, il existe en plus une relation commerciale directe entre le fournisseur de programmes et le téléspectateur en sa qualité d'abonné, ce qui exige l'établissement d'un système de gestion des abonnés. Cela montre ainsi que les paramètres de concurrence pour les deux types de télévision sont différents : alors que dans le cas de télévision à accès libre, il s'agit de rapport entre la part d'audience et les taux de publicité, dans le cas de télévision payante, c'étant celui entre la configuration des programmes et le nombre d'abonnements¹⁵¹¹. La Commission souligne également que le fait que les abonnés soient disposés à payer des montants considérables pour la télévision à péage indique sans conteste que celle-ci est un produit différent dont la cible est parfaitement définie¹⁵¹². Par ailleurs, les consommateurs de télévision payante doivent disposer d'un décodeur pour pouvoir décrypter le signal émis, en plus du poste de télévision normal. Il s'agit d'un équipement dont ceux de télévision à accès libre n'ont pas besoin¹⁵¹³. A s'y ajoute les fonctionnalités distinctes de la technologie numérique dont seuls les abonnés à la télévision payante bénéficient. Enfin, la télévision à accès libre a une programmation fixe tout au long de la journée et de la semaine alors que la télévision payante a une programmation qui permet différentes rediffusions du même contenu ou de la même émission à différents moments de la journée et de la semaine, ce qui permet aux abonnés de regarder l'émission de leur choix à différentes reprises¹⁵¹⁴. Tous ces facteurs ont conduit la Commission à la conclusion que la télévision payante et la télévision à accès libre constituent des marchés parfaitement distincts, malgré une indéniable interaction dynamique entre les deux¹⁵¹⁵. La même conclusion a été confirmée dans *NewsCorp/Premiere*¹⁵¹⁶

¹⁵¹⁰ Décision de la Commission du 2 avril 2003, COMP/M.2876, *NewsCorp/Telepiù*, JOUE L 110 du 16 avril 2004, para. 20

¹⁵¹¹ *Id.*, paras. 21 et 41.

¹⁵¹² *Id.*, para. 42.

¹⁵¹³ *Id.* para 35.

¹⁵¹⁴ *Id.*, para. 27.

¹⁵¹⁵ *Id.*, para. 47. Toutefois, outre la confirmation de l'existence d'une interaction dynamique entre la télévision payante et la télévision à accès libre, la Commission a reconnu que l'évolution de la technologie en général et les progrès de la numérisation en particulier à l'avenir étaient susceptibles de modifier le paysage télévisuel et que par conséquent, la situation actuelle n'excluait pas que la distinction entre les deux marchés ne s'estompe pas davantage à l'avenir (para. 39).

¹⁵¹⁶ Décision de la Commission du 25 juin 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, JOUE C 219 du 28 août 2008, para. 15. V. également décisions de la Commission du 18 jan. 2007, COMP/M.4519, *Lagardère/Sportfive*, JOUE C 27 du 7 fév. 2007, para. 12 ; du 20 mars 2006, COMP/M.4066, *CVC/SLEC*, JOUE C 90 du 13 avril 2006, para. 31 ; du 30 mars 2005, COMP/M.3595, *Sony/MGM*, JOUE C 139 du 8 juin 2005, para. 15 ; du 5 nov. 2002,

dans laquelle la Commission distingue le marché de la télévision à accès libre du marché de la télévision payante en Allemagne et en Autriche.

1078. Sur le marché de la télévision payante, la Commission segmente encore le marché en considérant l'existence potentielle d'un marché de la télévision payante par câble distinct des autres modes de diffusion¹⁵¹⁷, d'un marché de services de télévision payante linéaire distinct de celui non-linéaire¹⁵¹⁸, et d'un marché de services de télévision payante de base distinct de celui à valeur ajoutée¹⁵¹⁹. Toutefois, dans des affaires récentes, la Commission a laissé ouvert la délimitation du marché de produits en cause pour chacun de ces segments potentiels¹⁵²⁰.

1079. L'un des marchés émergents dont la délimitation du marché pose un défi particulier et fait l'objet de vifs débats concerne le marché des services de communications. La question qui se pose est de savoir si le marché des communications grand public doit être segmenté par fonctionnalité, par plateforme ou par système d'exploitation. Dans *Microsoft/Skype* à l'occasion de laquelle la Commission européenne a été menée pour la première fois à délimiter le marché des services de communications grand public par internet, elle estime que les consommateurs peuvent changer facilement, immédiatement et sans frais entre les trois types de services principaux à savoir la messagerie instantanée, l'appel vocal et l'appel vidéo¹⁵²¹. En outre, elle note que les consommateurs exigent de plus en plus l'intégration d'un éventail de fonctionnalités

COMP/M.2996, *RTL/CNN/Time Warner/N-TV*, JOCE C 310 du 13 déc. 2002, para. 10 ; du 24 avril 2001, COMP/M.2222, *UGC/Liberty Media*, JOCE C 172 du 16 juin 2001, para. 19 ; du 20 déc. 2000, COMP/M.2211, *Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL)/Studio Channel Limited*, JOCE C 363 du 19 déc. 2001, paras. 13-18.

¹⁵¹⁷ Décisions de la Commission du 7 avril 2017, COMP/M.8354, *Fox/Sky*, JOUE C 238 du 22. juill. 2017, para. 100 ; du 24 fév. 2015, COMP/M.7194, *Liberty Global/Corelia/W&W/De Vijver Media*, JOUE C 175 du 29 mai 2015, para. 127 ; du 10 oct. 2014, COMP/M.7000, *Liberty Global/Ziggo*, para. 113 ; du 15 avril 2013, COMP/M.6880, *Liberty Global/Virgin Media*, JOUC C 162 du 7 juin 2013, para. 44 ; du 21 déc. 2010, COMP/M.5932, *News Corp/BskyB*, JOUE C 37 du 5 fév. 2011, para. 105 ; du 25 juin 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, *op. cit.*, para. 22.

¹⁵¹⁸ Décisions de la Commission du 7 avril 2017, COMP/M.8354, *Fox/Sky*, *op. cit.*, paras. 98-99 ; du 24 fév. 2015, COMP/M.7194, *Liberty Global/Corelia/W&W/De Vijver Media*, *op. cit.*, para. 124 ; du 10 oct. 2014, COMP/M.7000, *Liberty Global/Ziggo*, *op. cit.*, paras. 109-110 ; du 25 juin 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, *op. cit.*, para. 21.

¹⁵¹⁹ Décisions de la Commission du 24 fév. 2015, COMP/M.7194, *Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media*, *op. cit.*, paras. 86-101 ; du 16 sept. 2014, COMP/M.7282, *Liberty Global/Discovery/All3Media*, JOUE C 354 du 8 oct. 2014, paras. 53-55 ; du 26 août 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, *op. cit.*, para. 21 ; du 18 juill. 2007, COMP/M.4504, *SFR/Télé 2 France*, JOUE L 316 du 4 déc. 2007, para. 43.

¹⁵²⁰ Décisions de la Commission du 6 fév. 2018, COMP/M.8665, *Discovery/Scripps*, JOUE C 77 du 1^{er} mars 2018, paras. 31-32 ; du 17 déc. 2018, COMP/M.9152, *BC Partners/United Group*, JOUE C 49 du 7 fév. 2019, para.20.

¹⁵²¹ Décision de la Commission du 7 oct. 2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, JOUE C 341 du 22 nov. 2011, para. 26.

de communication¹⁵²². La Commission considère ainsi qu'il n'est pas nécessaire de distinguer les services de communications grand public en fonction de leur fonctionnalité. De même, dans *Facebook/WhatsApp*, la Commission souligne que même si les différents services peuvent adopter des approches différentes afin de faciliter les communications des consommateurs, cela ne les place pas dans des marchés ou des segments de marché différents¹⁵²³. Elle a fait valoir par ailleurs que tous les fournisseurs d'application de communications grand public offrent une gamme de fonctionnalités qui chevauchent largement celles offertes par Facebook Messenger et WhatsApp¹⁵²⁴. En revanche, dans *Microsoft/Nokia*, la Commission a déclaré que les téléphones intelligents et les tablettes n'appartiennent pas au même marché de produits en cause. Ces premiers offrant certaines fonctionnalités dont ces derniers ne disposent pas¹⁵²⁵ (par exemple la possibilité d'effectuer un appel téléphonique). Elle a aussi considéré que les téléphones de base et les téléphones à fonctions avancées d'une part, et les téléphones intelligents (smartphones) d'autre part, constituaient des marchés de produits distincts en raison des composantes matérielles et des services de connectivité moins avancés des téléphones de base et ceux à fonctions avancées ainsi que de choix limité d'applications téléchargeables offerts par ceux-ci¹⁵²⁶.

1080. Les marchés de produits en cause ont été encore segmentés en fonction de plateforme dans *Microsoft/Skype* et *Facebook/WhatsApp*. En effet, la Commission a estimé dans cette première qu'il existait des différences en termes de qualité de services sur les différents types de plateformes¹⁵²⁷. En outre, de nombreux consommateurs européens ne sont pas équipés de toutes les plateformes et qu'ils utilisent principalement, à cette époque-là, leur ordinateur personnel pour se communiquer sur internet. Dans *Facebook/WhatsApp*, étant donné que WhatsApp n'est proposé que pour les smartphones, le marché de produit en cause est donc celui des applications de communication grand public pour smartphones¹⁵²⁸.

1081. La segmentation du marché en fonction du système d'exploitation a été retenue dans *Microsoft/Skype* dans laquelle la Commission indique qu'un certain nombre de services de

¹⁵²² *Id.*, para. 25.

¹⁵²³ Décision de la Commission du 3 oct. 2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, JOUE C 417 du 21 nov. 2014, para. 25.

¹⁵²⁴ *Id.*, para. 26.

¹⁵²⁵ Décision de la Commission du 4 déc. 2013, COMP/M.7047, *Microsoft/Nokia*, JOUE C 44 du 15 fév. 2014, para. 16.

¹⁵²⁶ *Id.*, para. 15.

¹⁵²⁷ Décision de la Commission du 7 oct. 2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, *op. cit.*, paras. 35-37.

¹⁵²⁸ Décision de la Commission du 3 oct. 2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, *op. cit.*, para. 21.

communications grand public ne sont toujours pas disponibles sur tous les systèmes d'exploitation, ce qui rend impossible le changement d'un service de communication à l'autre par les consommateurs¹⁵²⁹.

1082. Les caractéristiques physiques et techniques du produit, ses modalités d'utilisation ainsi que sa substituabilité fonctionnelle permettent de déterminer l'identité matérielle et fonctionnelle des produits en concurrence. Lorsque l'on passe de l'identité à la comparabilité, c'est-à-dire la comparaison du prix des produits, la perception de la substituabilité des produits par les consommateurs change du fait que le prix guide effectivement la décision d'acheter des demandeurs.

C. Les écarts de prix

1083. En règle générale, une forte différence de prix conduit à confirmer l'absence de substituabilité entre deux produits déjà considérée comme fortement probable compte tenu de leur identité matérielle et fonctionnelle. Cette règle a été adoptée par la Commission européenne dans ses décisions dans le passé dans lesquelles elle a déclaré que la différence de prix persistantes entre les produits servant aux mêmes utilisations finales indiquait clairement que, du point de vue du client, ces produits présentaient des caractéristiques différentes quant à leur fonction et ne pouvaient pas servir de substituts directs et efficaces¹⁵³⁰.

1084. La question essentielle qui se pose dans l'appréciation de la différence de prix est de savoir à partir de quel niveau de prix des produits ou des services peuvent être considérés comme appartenant à des marchés de produits en cause distincts. A cet égard, la lecture des décisions de la Commission montre qu'elle considère généralement que les différences de niveaux de prix absolus entre deux produits allant jusqu'à 20% sont suffisamment faibles pour que ces produits

¹⁵²⁹ Décision de la Commission du 7 oct. 2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, op. cit., paras. 38-42.

¹⁵³⁰ Décision de la Commission du 4 déc. 1996, COMP/M.774, *Saint Gobain/Wacker Chemie/Nom*, JOCE L 247 du 10 sept. 1997, para. 83. V. également décisions de la Commission du 30 sept. 1992, COMP/M.214, *Du Pont/ICI*, JOCE L 7 du 13 jan. 1993, para. 24 ; du 22 juill. 1992, COMP/M.190, *Nestlé/Perrier*, JOCE L 356 du 5 déc. 1992, para. 13.1 ; du 5 oct. 1992, COMP/M.157, *Air France/Sabena*, op. cit., para. 31 ; du 19 déc. 1991, COMP/M.134, *Mannesmann/Boge*, JOCE C 265 du 11 oct. 1991, paras. 11-13 ; du 2 sept. 1991, COMP/M.129, *Digital/Philips*, JOCE C 235 du 10 sept. 1991, para. 9 ; du 19 déc. 1991, COMP/M.113, *Courtaulds/Snia*, JOCE C 333 du 24 déc. 1991, paras. 13-14 ; du 10 sept. 1991, COMP/M.110, *ABC/Générale des Eaux/Canal +/W.H.Smith*, JOCE C 244 du 19 sept. 1991, para. 11 ; du 2 déc. 1991, COMP/M.102, *TNT/GD Net*, JOCE C 322 du 13 déc. 1991, para. 20 ; du 6 juin 1991, COMP/M.81, *Viag/CCE*, JOCE C 156 du 14 juin 1991, para. 12 ; du 19 juill. 1991, COMP/M.68, *Tetra Pak/Alfa-Laval*, JOCE L 290 du 22 oct. 1991, para. 2.2 ; du 22 fév. 1991, COMP/M.57, *Digital/Kienzle*, JOCE C 56 du 5 mars 1991, paras. 10-11.

constituent un même marché de produits en cause. À titre d'exemple, dans *TKS/ITW Signolde/Titan*, la Commission a estimé que la différence de prix comprise entre 7% et 20% n'était pas suffisamment importante pour conclure à l'existence des marchés distincts pour le cerclage en PET et le cerclage en acier¹⁵³¹. Toutefois, dans *Celanese/Degussa/JV*, la différence de prix de plus de 15% a été considérée comme indication de l'existence de marchés distincts. En l'espèce, la Commission a déclaré que les isomères-n et les isomères isobutyrique ne faisaient pas partie du même marché de produits en raison de leur différence de prix significative qui atteignait 15 à 40%¹⁵³². Lorsqu'il existe d'importantes différences de prix entre des produits substituables en termes de fonctionnalité, la Commission se montre sceptique quant à l'ampleur de la concurrence entre eux. Dans *Mitsui/CVRD/Caemi*, la différence de prix de 22% entre les fines et le minerai en morceaux et de 76% entre les fines et les pellets laisse supposer que chacun constitue un marché de produits distinct¹⁵³³. De même, la Commission a considéré un écart de prix de 38% entre les lecteurs de disque dur pour applications d'entreprises critiques et ceux pour les ordinateurs de bureau comme la preuve de marchés de produits distincts dans *Seagate Technology/The HDD Business of Samsung Electronics*¹⁵³⁴.

1085. Dans certaines affaires, les niveaux de prix ont été retenus comme seuil pour distinguer les marchés. Dans *HP/Compaq*, la Commission a délimité les marchés des serveurs sur la base de fourchettes de prix en faisant valoir que la fourchette de prix servait d'indicateur qui reflétait les différentes fonctionnalités offertes par les serveurs d'entrée de gamme par opposition aux

¹⁵³¹ Décision de la Commission du 6 mai 1998, COMP/M.970, *TKS/ITW Signolde/Titan*, JOCE L 316 du 25 nov. 1998, paras. 31 et 40-41. V. également décision de la Commission du 30 oct. 1995, COMP/M.646, *Repola/Kymmene*, JOCE C 318 du 29 nov. 1995, paras. 11-12 (la Commission a estimé qu'une différence de prix de 5 à 10% entre le papier standard et le papier en couleur n'était pas assez importante pour segmenter le marché de papier).

¹⁵³² Décision de la Commission du 11 juin 2003, COMP/M.3056, *Celanese/Degussa/European Oxo Chemicals*, JOUE L 38 du 10 fév. 2004, para. 25. V. également décision de la Commission du 6 déc. 2000, COMP/M.1940, *Framatome/Siemens/Cogema/JV*, JOCE L 289 du 6 nov. 2001, para. 24 (la différence de prix de 15 à 25% a conduit la Commission à conclure que les assemblages combustibles pour les réacteurs à eau pressurisée (REP) et les assemblages combustibles pour les réacteurs à eau bouillante (REB) appartiennent à des marchés de produits différents).

¹⁵³³ Décision de la Commission du 30 oct. 2001, COMP/M.2420, *Mitsui/CVRD/Caemi*, JOUE L 92 du 30 mars 2004, paras. 117-118.

¹⁵³⁴ Décision de la Commission du 19 oct. 2011, COMP/M.6214, *Seagate Technology/The HDD Business of Samsung Electronics*, JOUE C 154 du 31 mai 2012, paras. 105 et 136. V. également décisions de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, JOUE C 195 du 3 juill. 2012, para. 106 ; du 29 juin 2007, COMP/M.4540, *Nestlé/Novartis (Medical Nutrition Business)*, JOUE C 229 du 29 sept. 2007, paras. 7-23 ; du 4 juill. 2006, COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, JOUE L 72 du 13 mars 2007, para. 105 ; du 24 jan. 2001, COMP/M.2033, *Metso/Svedala*, JOUE L 88 du 25 mars 2004, paras. 58-68 ; du 22 juill. 1992, COMP/M.190, *Nestlé/Perrier*, op. cit., para. 13.

serveurs de taille moyenne et aux gros serveurs¹⁵³⁵. Ainsi, elle a conclu qu'il existait les marchés pour les serveurs d'entrée de gamme dont le prix est inférieur à 100 000 USD, les serveurs de taille moyenne dont le prix est entre 100 000 USD et 999 999 USD, et les gros serveurs dont le prix est supérieur à 1 000 000 USD¹⁵³⁶.

1086. Sur le plan conceptuel, la délimitation du marché pertinent sur la base des différences de niveaux de prix absolus est erronée si les différences de prix reflètent des différences de qualité réelles ou perçues des produits ou services. Une telle délimitation du marché ignore en effet la possibilité pour les consommateurs de faire un compromis entre le prix et la qualité¹⁵³⁷. Par conséquent, bien qu'un produit soit de qualité inférieure, les clients peuvent tout de même opter pour ce produit si le prix des produits plus chers augmente et s'ils ne pensent plus que la qualité supérieure justifie l'écart de prix¹⁵³⁸. En d'autres termes, les produits se situant au bas de l'échelle de qualité pourraient bien constituer une contrainte efficace sur les produits se situant dans le haut de l'échelle. La question se pose en particulier lorsque les produits de marque et de MDD sont concernés. Dans *SCA/P&G*¹⁵³⁹ par exemple, la Commission a été amenée à déterminer si les produits en papier tissu de MDD se trouvaient sur le même marché que les produits en papier tissu de marque de fabricant. Au niveau du détail, ces derniers coûtent plus cher que ces premiers. L'utilisation de la différence de prix absolu comme critère d'appréciation placerait les papiers tissés de MDD et de marque de fabricant sur les marchés de produits distincts. Or, il est clair qu'une partie de cet écart de prix est due à des différences de qualité auxquelles les consommateurs attribuent une valeur. Ce qui est donc essentiel est de déterminer dans quelle mesure les prix des produits de marque sont limités par les prix des produits de MDD¹⁵⁴⁰.

1087. La substituabilité des produits peut être reflétée par des critères qui traduisent la perception du consommateur sur le produit ou service. Les préférences des consommateurs en sont un qui est pris en considération par la Commission dans son appréciation.

¹⁵³⁵ Décision de la Commission du 31 jan. 2002, COMP/M.2609, *HP/Compaq*, JOCE C 39 du 13 fév. 2002, para. 21.

¹⁵³⁶ *Id.*, para. 20. V. également décisions de la Commission du 23 mars 1998, COMP/M.1120, *Compaq/Digital*, JOCE C 128 du 25 avril 1998, para. 7 ; du 30 sept. 1999, IV/JV.22, *Fujitsu/Siemens*, JOCE C 318 du 5 nov. 1999, para. 17 ; du 22 fév. 1991, COMP/M.57, *Digital/Kienzle*, *op. cit.*, paras. 10-11.

¹⁵³⁷ V. *supra*, n° 350.

¹⁵³⁸ OFT, « Market Definition: Understanding competition law », 2004, pt. 3.5.

¹⁵³⁹ Décision de la Commission du 5 sept. 2007, COMP/M.4533, *SCA/P&G (European tissue business)*, JOUE C 275 du 16 nov. 2007.

¹⁵⁴⁰ En l'espèce, la Commission a conclu qu'au niveau du détail, les produits de marque et de MDD étaient en concurrence sur les rayons et faisaient donc partie d'un marché unique (para. 20).

D. Les préférences des consommateurs

1088. La préférence des consommateurs peut révéler les différentes raisons qui fondent leur choix d'un produit ou service. Elle est donc d'une certaine pertinence pour la délimitation du marché de produits¹⁵⁴¹. Toutefois, la préférence des consommateurs est un critère subjectif qui est souvent difficile à déterminer. Le problème posé n'est pas conceptuel mais plutôt lié aux types de preuves qui doivent être évalués. Dans une pratique courante, les entreprises réalisent des études de marché dans lesquelles les préférences, les attitudes et les habitudes d'achat des consommateurs sont analysées. La Commission a souvent recours à ces études pour évaluer ce critère. L'un des premiers cas dans lesquels de telles études ont été largement utilisées est dans le cadre d'une enquête approfondie de *Nestlé/Perrier*. La Commission a exclu les boissons rafraîchissantes sans alcool du marché des eaux de source embouteillées en raison de motivations des consommateurs finaux dans l'achat d'eau embouteillée provenant d'une source naturelle. Cette conclusion est fondée, *inter alia*, sur les enquêtes auprès des consommateurs et les études de marché réalisées par les fournisseurs d'eaux minérales selon lesquelles « *l'eau embouteillée à la source est achetée et régulièrement consommée, surtout en France, pour son image de produit naturel (en provenant d'une source naturelle) et pour son association avec les notions de pureté, de propreté, d'absence de contamination et de façon générale de santé et de mode de vie sain*¹⁵⁴² ». En s'appuyant sur le constat que cette perception du produit par les consommateurs a pour origine une activité intensive de commercialisation et de promotion des trois principaux producteurs, la Commission a renforcé sa conclusion en déclarant que « *l'image d'un produit "naturel", "pur" et "sain" qui est associée aux eaux de source à la suite de cette publicité a pour conséquence que les consommateurs ne considèrent pas les boissons rafraîchissantes comme un produit de substitution de l'eau de source embouteillée pour un usage quotidien à domicile*¹⁵⁴³ ».

1089. À la lecture des décisions de la Commission, il apparaît que le critère de préférence des consommateurs est examiné de manière stricte, en termes de goût, d'attraction pour une marque et de préférence nationale. Dans *Procter & Gamble/Schickedanz*, la Commission a procédé à un

¹⁵⁴¹ V. également la Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 41.

¹⁵⁴² Décision de la Commission du 22 juill. 1992, COMP/M.190, *Nestlé/Perrier*, op. cit., para. 10.

¹⁵⁴³ *Id.*, para. 13.2.

examen détaillé de nombreuses études de marché afin de déterminer si les tampons et les serviettes hygiéniques appartenaient au même marché de produits, les deux ayant une fonctionnalité identique et destinés au même usage. Il en ressort que les consommateurs des produits d'hygiène féminine développaient des habitudes d'utilisation en fonction de leurs préférences personnelles. Dès lors que la cliente avait établi une préférence pour des tampons ou des serviettes, elle ne les considérait pas comme étant substituables¹⁵⁴⁴. Par conséquent, les deux types de produits représentent des marchés de produits en cause distincts.

1090. La fidélité des consommateurs peut, dans certaine mesure, limiter la substitution de la demande. C'est particulièrement le cas pour les produits de grande consommation¹⁵⁴⁵. Les habitudes de consommation constituent également un élément important dans l'analyse de la substituabilité. Par exemple, les consommateurs de bière allemands choisissent presque toujours une bière brassée conformément à la *Reinheitsgebote*¹⁵⁴⁶ plutôt qu'une bière dont les ingrédients dits non traditionnels sont utilisés dans la production.

1091. Des produits similaires sur un plan technique peuvent être perçus comme différents par les consommateurs s'ils sont commercialisés au travers de canaux de distributions différents. Dans une série de décisions concernant notamment les produits de grande consommation, la Commission européenne a défini des marchés distincts pour différents canaux de distribution.

E. Les chaînes de distribution

1092. Lorsqu'elle examine le critère de chaînes de distribution en vue de l'appréciation de la substituabilité entre produits, la Commission a privilégié une approche en termes de fonction ou de forme de commerce plutôt en termes de catégories de produits.

¹⁵⁴⁴ Décision de la Commission du 21 juin 1994, COMP/M.430, *Procter&Gamble/VP Schickedanz (II)*, op. cit., paras. 37 et 42.

¹⁵⁴⁵ Décision de la Commission du 29 mars 2006, COMP/M.3975, *Cargill/Degussa Food Ingredients*, JOUE L 316 du 4 déc. 2007, paras. 24-26 et 39-40 ; du 9 mars 1999, COMP/M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, JOCE L 20 du 25 jan. 2000, paras. 24-26 ; du 22 jan. 1997, COMP/M.794, *Coca-Cola Enterprises/Amalgamated Beverages Great Britain*, op. cit., paras. 30-36 et 41-47 ; du 20 sept. 1995, COMP/M.582, *Orkla/Volvo*, JOCE L 66 du 16 mars 1996, paras. 19-28 ; du 28 avril 1994, COMP/M.400, *Allied Lyons/HWE-Pedro Domecq*, JOCE C 126 du 7 mai 1994, paras. 16-17.

¹⁵⁴⁶ Loi de pureté de la bière, née en 1516 en Allemagne. La loi avait pour but de limiter le nombre d'ingrédients autorisés dans la bière en Bavière. Les seuls ingrédients qui pouvaient être utilisés dans la bière étaient alors l'orge, le houblon et l'eau.

1093. Dans *Orkla/Chips*, elle a déterminé des marchés distincts pour les ventes au détail et les services de restauration de trois catégories de produits concernés à savoir les plats cuisinés surgelés, les produits de pommes de terre, et les harengs congelés, les harengs de la Baltique et les anchois. La Commission a fait valoir que les clients et leurs besoins étaient différents : les détaillants en avaient besoin pour le commerce de détail alors que les grossistes ou utilisateurs finaux pour le secteur de la restauration¹⁵⁴⁷. De même, la distinction du marché de la restauration de celui du commerce de détail des produits alimentaires a été retenue dans *McCain Foods Group/Lutosa Business*¹⁵⁴⁸. Aussi la Commission est-t-elle parvenue à la même conclusion en ce qui concerne le marché de la crevette dans *Gilde/Heiploeg*¹⁵⁴⁹.

1094. Dans *Friesland Foods/Campina*, il ressort de l'enquête de la Commission que la distribution sur le segment de la vente hors domicile est différente de celle du segment de détail, dans la mesure où les producteurs laitiers essaient de viser directement les clients finaux, et qu'ils utilisent les grossistes du secteur de la vente hors domicile principalement comme fournisseurs logistiques¹⁵⁵⁰. En outre, les emballages, les services logistiques, les volumes commandés, la structure de prix et les offres globales diffèrent selon le type de distribution¹⁵⁵¹. Cela a conduit la Commission à estimer que les fournitures hors domicile et de détail du lait frais, du babeurre frais et du yaourt nature peuvent appartenir à des marchés de produits distincts, bien que la question ait été finalement laissée ouverte. Toutefois, s'appuyant sur l'analyse de ces mêmes facteurs, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il existe deux marchés de boissons

¹⁵⁴⁷ Décision de la Commission du 3 mars 2005, COMP/M.3658, *Orkla/Chips*, JOUE C 73 du 23 mars 2005, para. 9.

¹⁵⁴⁸ Décision de la Commission du 28 mai 2013, COMP/M.6813, *McCain Foods Group/Lutosa Business*, JOUE C 228 du 7 août 2013, paras. 15-17. V. également décisions de la Commission du 13 jan. 2012, COMP/M.6321, *Buitenfood/Ad Van Geloven Holding/JV*, JOUE C 63 du 2 mars 2012, paras. 15 et s. ; du 18 sept. 2008, COMP/M.5286, *Lion Capital/Foodvest*, JOUE C 294 du 18 nov. 2008, para. 14 ; du 23 fév. 2001, COMP/M.2302, *Heinz/CSM*, JOCE C 83 du 14 mars 2001, para. 9 ; du 28 sept. 2000, COMP/M.1990, *Unilever/Bestfoods*, JOCE C 311 du 31 oct. 2000, paras. 8-11 ; du 08 mars 2000, COMP/M.1802, *Unilever/Amora-Maille*, JOCE C 240 du 28 août 2001, paras. 18-21.

¹⁵⁴⁹ Décision de la Commission du 31 jan. 2006, COMP/M.4089, *Gilde/Heiploeg*, JOUE C 103 du 29 avril 2006, paras. 13-15. V. également décisions de la Commission du 13 oct. 2008, COMP/M.5322, *Marfrig/Osi Group Companies*, JOUE C 273 du 28 oct. 2008, paras. 10-12 ; du 21 déc. 2005, COMP/M.3968, *Sovion/Südfleisch*, JOUE C 124 du 25 mai 2006, para. 12 ; du 19 mars 2004, COMP/M.3337, *Best Agrifund/Nordfleisch*, JOUE C 111 du 30 avril 2004, para. 23.

¹⁵⁵⁰ Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009, para. 199.

¹⁵⁵¹ *Id.*, paras. 200-205.

distincts, à savoir le marché de détail et le marché de restauration hors domicile des boissons lactées aromatisées fraîches de marque non liées à la santé¹⁵⁵².

1095. Sur le marché de boissons, les canaux de distribution pour la consommation de boissons à domicile et sur place ont été considérés comme constituant des marchés de produits différents. C'est ce qui ressort de la décision de la Commission dans *Cadbury Schweppes/Pernod Ricard*¹⁵⁵³. La Commission a fondé sa conclusion sur le fait que sur le marché de restauration sur place, les boissons sont consommées immédiatement, elles sont vendues en emballages individuels et leur prix est plus élevé. En revanche, sur le marché de la consommation domestique, les produits sont commercialisés dans des emballages multiples, souvent stockés en grandes quantités par le consommateur final et ont des prix unitaires inférieurs. Par ailleurs, les types de promotions dans les deux canaux diffèrent considérablement. La Commission a estimé que ces particularités de chaque canal de distribution avaient une influence sur la politique d'achat des clients¹⁵⁵⁴.

1096. Le même raisonnement a été appliqué au marché de fourniture de gaz industriel où la fourniture en grande masse, en vrac et en bouteilles constituait des marchés de produits différents¹⁵⁵⁵. Le gaz de pétrole liquide est vendu soit dans des bouteilles en acier à usage domestique, soit en vrac vendu à des clients industriels et aux stations de remplissage de bouteilles¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵² *Id.*, paras. 1016-1017. V. également décision de la Commission du 14 avril 2013, COMP/M.6722, *FrieslandCampina/Zijerveld & Veldhuyzen and Den Hollander*, JOUE C 130 du 7 mai 2013, paras. 77-78.

¹⁵⁵³ Décision de la Commission du 19 oct. 2001, COMP/M.2504, *Cadbury Schweppes/Pernod Ricard*, JOCE C 321 du 16 nov. 2001, para. 13.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.* V. également décision de la Commission du 26 oct. 2001, COMP/M.2569, *Interbrew/Beck's*, JOCE C 320 du 15 nov. 2001, paras. 9-15 (la fourniture de bière au secteur *on-trade* (cafés, clubs et restaurants) et au secteur *off-trade* (l'approvisionnement des magasins et autres points de vente au détail) ont été considérés comme deux marchés de produits distincts) ; du 17 sept. 2001, COMP/M.2276, *The Coca-Cola Company/Nestlé/JV*, JOCE C 308 du 1^{er} nov. 2001, para. 19 ; du 15 oct. 1997, IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*, JOCE L 288 du 27 oct. 1998, para. 21.

¹⁵⁵⁵ Décision de la Commission du 18 jan. 2000, COMP/M.1630, *Air Liquide/BOC*, JOUE L 92 du 30 mars 2004, paras. 20-27.

¹⁵⁵⁶ Décision de la Commission du 31 oct. 2008, COMP/M.5005, *Galp Energia/Exxonmobil Iberia*, JOUE C 307 du 2 déc. 2008, para. 14.

1097. Dans le secteur de fabrication des produits de nettoyage et d'hygiène, la Commission détermine des marchés distincts pour les détergents vendus aux clients industriels et institutionnels¹⁵⁵⁷.

1098. Dans *Koninklijke Philips/Indal Group* concernant l'acquisition d'Indal par Philips active dans le domaine de la fabrication de luminaires, la Commission a estimé que le marché des appareils d'éclairage comprenait deux marchés de produits différents, à savoir les appareils d'éclairage grand public et résidentiels et les appareils d'éclairage professionnels et industriels¹⁵⁵⁸. Elle a fait valoir que les appareils d'éclairage professionnels et industriels étaient principalement distribués par les grossistes en électricité tandis que ceux résidentiels et grand public par le marché de détail comme les magasins de bricolage. La Commission a également précisé que les appareils d'éclairage professionnels étaient principalement axés sur la fonctionnalité et étaient habituellement installés par des installateurs professionnels alors que ceux résidentiels et grand public étaient plus faciles à utiliser en raison de leur application pré-câblée, c.à.d. qu'ils peuvent être installés par des non-professionnels¹⁵⁵⁹.

1099. De même, sur le marché des matériels électriques, la Commission a considéré que la distribution en gros aux professionnels pouvait être distinguée des autres formes de distribution et en particulier de la distribution au détail comme les magasins de bricolage¹⁵⁶⁰ en raison de l'accès immédiat limité de ces derniers à une large gamme de produits électriques, de leur niveau d'expertise moins élevé et de l'absence de facilité des conditions de paiement¹⁵⁶¹.

1100. Sur le marché des produits de luxe, les canaux de distribution constituent un critère important dans la délimitation du marché. Dans sa décision *Artemis/Sanofi Beauté*, la

¹⁵⁵⁷ Décisions de la Commission du 4 mars 2002, COMP/M.2665, *Johnson Professional Holdings/Diversey/lever*, JOCE C 79 du 3 avril 2002, paras. 8-16 ; du 20 mars 1996, IV/M.704, *Unilever/Diversey*, JOCE C 113 du 18 avril 1996, paras. 7-12.

¹⁵⁵⁸ Décision de la Commission du 23 nov. 2011, COMP/M.6357, *Koninklijke Philips/Indal Group*, JOUE C 379 du 28 déc. 2011, para. 11.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.* V. également décisions de la Commission du 29 jan. 2007, COMP/M.4509, *Philips/Pli*, JOUE C 52 du 7 mars 2007, paras. 7-8 ; du 13 déc. 2002, COMP/M.2917, *Wendel-KKR/Legrand*, JOUE C 36 du 15 fév. 2003, paras. 15-17 ; du 13 avril 2000, COMP/M.1876, *Kohlberg Kravis & Roberts/Wassall/Zumtobel*, JOCE C 138 du 17 mai 2000, paras. 8-10.

¹⁵⁶⁰ Décision de la Commission du 22 fév. 2008, COMP/M.4963, *Rexel/Hagemeyer*, JOUE C 207 du 14 août 2008, paras. 11-14. V. également décision de la Commission du 17 juill. 2000, COMP/M.2034, *Hagemeyer/WF Electrical*, JOCE C 251 du 1^{er} sept. 2000, para. 9 ; du 7 oct. 1997, IV/M.990, *Hagemeyer/ABB Asea Skandia*, JOCE C 376 du 11 déc. 1997, paras. 7-8.

¹⁵⁶¹ Décision de la Commission du 8 fév. 2008, COMP/M.5029, *Sonepar/Rexel Germany*, JOUE C 80 du 1^{er} avril 2008, para. 11.

Commission a laissé ouverte la question de savoir si les circuits de distribution au détail utilisés pour la vente de produits de luxe pouvaient conduire à des marchés distincts¹⁵⁶². Près de dix ans après, dans *L'Oréal/YSL Beauté*, elle a estimé qu'il convenait d'établir une distinction entre la vente de parfums et de produits cosmétiques de luxe par les réseaux de distribution sélective et la vente au détail sélective de voyages¹⁵⁶³. Elle a précisé que ce dernier canal de distribution, qui regroupe les magasins situés dans les aéroports, les aéronefs et les navires, peut être considéré comme un marché distinct en raison des différences de conditions de négociation et de vente, des gammes de produits plus restreintes et du packaging spécifique destiné à une clientèle majoritairement composée de voyageurs internationaux fréquents¹⁵⁶⁴. Dans sa décision du 29 juin 2011, *LVMH/Bulgari*, la Commission a confirmé que la distribution de produits de luxe par le biais des points de vente au détail sélective de voyages constituait un marché de produits distinct¹⁵⁶⁵.

1101. Dans certains secteurs, il existe des règles et des normes spécifiques auxquelles sont soumis les produits. Ces facteurs peuvent constituer des barrières qui empêchent les clients, qui sont notamment des industriels, de se tourner vers des produits potentiellement substituables.

F. Les barrières et les coûts associés à un passage aux produits de substitution

1102. L'existence d'un certain nombre de barrières et de coûts importants liés au changement de fournisseur peut dissuader la Commission de considérer comme faisant partie d'un seul et même marché des produits ou services qui sont *prima facie* substituables l'un à l'autre au niveau de la demande¹⁵⁶⁶.

1103. Les coûts associés à un transfert de la demande concernent notamment les investissements aux nouveaux équipements, les dépenses encourues pour l'achat d'un nouvel outillage, la formation et le capital humain, mais aussi l'incertitude quant à la qualité et la réputation de fournisseurs inconnus. Ces éléments ont été examinés dans *TotalFina/Elf Aquitaine* dans laquelle les parties à l'opération a avancé que la vente de gaz de pétrole liquéfié (GPL) ne

¹⁵⁶² Décision de la Commission du 21 juin 1999, IV/M.1533, *Artemis/Sanofi Beauté*, para. 8.

¹⁵⁶³ Décision de la Commission du 17 juin 2008, COMP/M.5068, *L'Oréal/YSL Beauté*, JOUE C 237 du 16 sept. 2008, para. 15.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ Décision de la Commission du 29 juin 2011, COMP/M.6212, *LVMH/Bulgari*, JOUE C 335 du 16 nov. 2011, para. 20.

¹⁵⁶⁶ Communication sur la définition du marché en cause, préc., pt. 42.

constituait pas un marché de produit distinct, puisqu'il existerait un certain nombre de produits de substitution au GPL, à savoir les combustibles minéraux solides (charbon, lignite, bois), le fioul domestique, le gaz naturel, l'électricité et les énergies renouvelables (énergie solaire)¹⁵⁶⁷. Ce raisonnement n'a cependant pas été accepté par la Commission. Celle-ci a fait valoir que le passage d'une source d'énergie à une autre suppose une modification importante des installations (chaudière, changement de brûleur, achat d'une nouvelle cuve ou changement de tuyauterie et stockage) et par conséquent une dépense élevée. Si le prix du GPL augmente, les coûts de basculement vers une autre source d'énergie ne sont pas, à court terme, compensés par le renchérissement du GPL¹⁵⁶⁸. La Commission a donc conclu que le GPL constituait un marché de produit distinct. Dans ses décisions antérieures, la Commission s'est également appuyée sur les coûts au changement de fournisseur pour délimiter des marchés distincts. Dans *Owens-Illinois/BTR Packaging*, elle a souligné que le passage d'un matériau d'emballage à un autre nécessitait généralement des changements importants et des investissements dans les lignes de remplissage et d'emballage (changement de l'équipement de remplissage et des moules, réglage de la vitesse de manutention des contenants, et changement du dé-pelleur, de l'étiqueteuse et de l'encaisseuse). À ceci s'ajoutent les coûts liés à la perte de production au cours de la transition¹⁵⁶⁹. Cela l'a conduite à considérer que le marché de produit en cause n'était pas plus vaste que celui de l'emballage en verre.

1104. Les barrières de nature juridiques et économiques ont empêché les clients de se tourner vers d'autres produits fonctionnellement substituables dans *Eridania/ISI*¹⁵⁷⁰. Ces barrières résultent en fait de l'ancienne politique agricole commune (PAC) de l'Union européenne qui a attribué des quotas de production à certains produits agricoles. A cette époque-là, la production d'isoglucose était limitée à environ 2% de la production totale de sucre. Ainsi, en cas de hausse des prix du sucre de betterave, les consommateurs ne pouvaient pas se tourner vers l'isoglucose comme alternative car les producteurs de ce dernier étaient légalement empêchés d'augmenter leur production. Il en ressort qu'en l'espèce, la Commission a considéré que le sucre betterave et

¹⁵⁶⁷ Décision de la Commission du 9 fév. 2000, COMP/M.1628, *TotalFina/Elf Aquitaine*, JOCE L 143 du 29 mai 2001, paras. 246.

¹⁵⁶⁸ *Id.*, paras. 247-248.

¹⁵⁶⁹ Décision de la Commission du 21 avril 1998, IV/M.1109, *Owens-Illinois/BTR Packaging*, JOCE C 165 du 30 mai 1998, para. 15. V. également décisions de la Commission du 20 jan. 1998, COMP/M.1075, *Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi*, JOCE C 39 du 6 fév. 1998, para. 12 ; du 19 juill. 1991, IV/M.068, *Tetra Pak/Alfa-Laval*, JOCE L 290 du 22 oct. 1991, para. B.2.1 (ii).

¹⁵⁷⁰ Décision de la Commission du 30 juill. 1991, IV/M.068, *Eridania/ISI*, JOCE C 204 du 3 août 1991.

l'isoglucose, bien qu'ils soient *prima facie* substituables en termes d'usage et de fonctionnalité, appartiennent aux marchés de produits distincts.

1105. Lorsqu'il existe la possibilité pour les consommateurs de passer à un produit substituable, le passage doit se faire dans un délai relativement court car les frontières des marchés tendent à se déplacer en raison de l'évolution de la technologie ou des modes de consommation. Il n'y a pas de durée de passage fixée par la Commission européenne. Elle varie en fonction de l'industrie. Dans *Siemens/VA Tech*¹⁵⁷¹, la Commission a considéré qu'une période de deux à trois ans était raisonnable pour que le client acquière les compétences nécessaires à la production de systèmes de traction électrique pour tramways, trains régionaux et locomotives. Il convient toutefois de noter qu'une telle durée a été acceptée en raison de la concurrence qui s'exerce à long terme sur les marchés de fournisseurs de véhicules ferroviaires. Dans d'autres industries où la concurrence s'exerce à court terme, la durée de passage peut être plus courte.

1106. Dans certains cas où la demande de produits apparaît considérablement influencée par les campagnes de marketing menées par les entreprises concernées, la Commission en prend compte pour la segmentation du marché.

G. Les stratégies de marketing

1107. Le ciblage de la politique de commercialisation sur certains produits peut constituer un indice d'un marché de produits distinct. Dans *Schneider/Legrand*, la Commission a constaté que les fabricants réalisaient un grand nombre d'opérations promotionnelles au niveau d'un type individuel de composant donné plutôt qu'au niveau de l'ensemble des composants nécessaires à la réalisation d'un tableau électrique. L'importance de ces promotions et leur ciblage sur un seul type de composant indique la présence d'une concurrence spécifique au niveau de chaque type de composant¹⁵⁷². De plus, les effets de ces promotions ne sont pas homogènes sur tous les composants. Ils étant substantiels sur les ventes des matériels concernés par la promotion mais que modérés sur les volumes des autres composants nécessaires à la réalisation du tableau

¹⁵⁷¹ Décision de la Commission du 13 juill. 2005, COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, JOUE L 353 du 13 déc. 2006, para. 161.

¹⁵⁷² Décision de la Commission du 10 oct. 2001, COMP/M.2283, *Schneider/Legrand*, JOUE L 101 du 6 avril 2004, para. 171.

électrique. Cela confirme l'existence d'un second niveau de concurrence à l'échelle des composants¹⁵⁷³.

1108. Dans une optique plus large, l'appréciation de la substituabilité des produits ne doit pas se limiter aux critères tenant à la nature ou à la commercialisation des produits. Si deux produits sont offerts dans les conditions de concurrence différentes, il est peu probable que la substituabilité entre eux soit présumée.

H. Les conditions de concurrence

1109. Il s'agit d'un critère posé par la Cour de Justice dans son arrêt *Michelin* dans lequel elle a déclaré que la délimitation du marché ne devait pas « *se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais (qu') il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché*¹⁵⁷⁴ ». Dans la continuité de la jurisprudence de la Cour, la Commission a délimité dans plusieurs affaires les marchés de produits en cause en s'appuyant sur les conditions de concurrence qui leur étaient spécifiques. Lorsque ces conditions diffèrent pour deux produits ou plus, la Commission conclut généralement que ces produits ne sont pas sur le même marché. Ainsi, dans *Luvata/Eco*, en avançant que les conditions de concurrence pour la fourniture de bobines utilisées dans les systèmes de climatisation (HVAC) et de réfrigération n'étaient pas homogènes en raison du fait que l'ampleur de la production interne diffère entre les deux applications, la Commission a conclu que ce manque d'homogénéité dans les conditions de concurrence justifie la distinction entre le marché de fourniture de bobines utilisées dans les HVAC et celui dans le système de réfrigération¹⁵⁷⁵.

1110. En revanche, lorsque les conditions de concurrence entre les marchés sont suffisamment homogènes, la Commission considère que les deux produits peuvent appartenir à un seul et même marché de produits. Cela est particulièrement le cas des produits complémentaires qui sont

¹⁵⁷³ *Id.*, para. 172.

¹⁵⁷⁴ Arrêt de la CJCE du 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission*, C-322/81, préc.

¹⁵⁷⁵ Décision de la Commission du 3 août 2007, COMP/M.4750, *Luvata/Eco*, JOUE C 238 du 10 oct. 2007, paras. 23-24. V. également décision de la Commission du 2 sept. 2003, COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*, JOUE L 109 du 16 avril 2004, para. 54 (bien que la définition précise du marché de produits ait été laissée ouverte, la Commission a incliné à définir les marchés distincts pour les trois segments du marché des arceaux mobiles, à savoir, les arceaux bas de gamme, les arceaux vasculaires et les arceaux cardiaques, *inter alia*, parce que les conditions de concurrence diffèrent suffisamment entre ces segments).

vendus au même groupe de clients et sont donc soumis à des mêmes conditions de concurrence. À titre d'exemple, dans *Toyoda Automatic Loom Works/BT Industries*, alors que les parties à l'opération ont identifié plusieurs variétés des équipements d'entrepôts fournis à des fins différentes, la Commission a estimé que ces variétés faisaient partie d'un système global et étaient donc complémentaires¹⁵⁷⁶. Les utilisateurs qui établissent de nouveaux entrepôts ayant généralement besoin de toute la gamme d'équipements d'entrepôt ou du moins une partie essentielle de celle-ci. La Commission a également précisé que du côté de l'offre, les fournisseurs d'équipements d'entrepôt produisent en principe la totalité ou la quasi-totalité de la gamme de produits à un seul et même site de production et que les principaux composants, les machines de production et l'ensemble de la production de base sont les mêmes pour tous les types d'équipements d'entrepôt¹⁵⁷⁷. Par conséquent, elle a délimité un seul et même marché de produits pour les équipements d'entrepôt, *inter alia*, parce que les clients étaient, dans une large mesure, les mêmes pour toutes les lignes de produits.

1111. Toutefois, la complémentarité des produits ne justifie pas leur appartenance automatique au même marché de produits en cause. Dans un certain nombre de cas, la Commission considère que le fait que les produits sont complémentaires et vendus aux mêmes clients ne constitue pas une preuve suffisante pour conclure qu'ils sont sur le même marché de produits en cause¹⁵⁷⁸.

1112. En ce qui concerne les produits différenciés, la Commission a, à plusieurs reprises, été menée à apprécier si les produits différenciés mais fonctionnellement substituables et vendus aux mêmes clients sont suffisamment soumis aux mêmes conditions de concurrence pour faire partie du même marché. À cet égard, la lecture des décisions de la Commission montre que doivent également être appréciées les conditions de concurrence entre les produits finaux ou leurs applications finales¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁶ Décision de la Commission du 15 juin 2000, COMP/M.1950, *Toyoda Automatic Loom Works/BT Industries*, JOUE C 34 du 7 fév. 2002, paras. 10-11.

¹⁵⁷⁷ *Id.*, para. 11.

¹⁵⁷⁸ Voir par exemple décisions de la Commission du 5 mars 2015, COMP/M.7292, *Demb/Mondelez/Charger Opco*, JOUE C 376 du 13 nov. 2015, paras. 124-129 ; du 19 juill. 2006, COMP/M.3796, *Omya/J.M.Huber PCC*, JOUE L 72 du 13 mars 2007, paras. 112-119 ; du 29 oct. 2001, COMP/M.2535, *Sogefi/Filtrauto*, JOUE C 34 du 7 fév. 2002, para. 21.

¹⁵⁷⁹ V. décisions de la Commission du 13 juill. 2005, COMP/M.3653, *Siemens/Va Tech*, op. cit., paras. 17-20 ; du 30 oct. 2001, COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, JOUE L 43 du 13 fév. 2004, para. 37 ; du 3 juill. 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, JOUE L 48 du 18 fév. 2004, para. 9.

1113. En tout état de cause, il ressort de la pratique décisionnelle de la Commission qu'il est peu probable que l'existence de conditions de concurrence largement similaires prouve l'existence d'un seul et même marché de produits, en l'absence d'autres facteurs justifiant l'existence de ce marché comprenant tous les produits soumis à des conditions de concurrence similaires.

1114. Conclusion du §1. L'analyse des critères qualitatifs permet de déterminer l'identité matérielle et fonctionnelle des produits et ainsi *prima facie* la perception de la substituabilité des produits par les consommateurs. Dans certains marchés où il existe des particularités tels que le marché des produits pharmaceutiques, l'examen des caractéristiques et de l'usage des produits peuvent suffire à la conclusion de la substituabilité entre les produits. Dans la plupart des cas toutefois, il serait faux de considérer que ces critères constituent la conclusion de la délimitation du marché de produits en cause. Une telle approche aurait des effets sur le résultat final de l'enquête¹⁵⁸⁰. En Europe, la Commission européenne a de plus en plus recours à des critères quantitatifs afin de compléter les preuves de la substituabilité des produits générées des critères qualitatifs et ainsi d'étayer sa conclusion sur les frontières des marchés¹⁵⁸¹. Le recours à ces critères quantitatifs aux fins de la délimitation du marché pertinent s'est particulièrement accru ces dernières années.

§2. Les critères quantitatifs

1115. Dans l'ensemble des méthodes quantitatives, le TMH fournit un cadre analytique rigoureux pour la définition du marché pertinent et a été pleinement approuvé par le Tribunal de l'Union européenne¹⁵⁸². Dans sa pratique décisionnelle, la Commission applique ce test à l'aide de l'élasticité-prix de la demande et de l'élasticité-prix croisée de la demande (A). Ces dernières années, la mise en œuvre du TMH à l'aide de l'analyse de la perte critique a commencé à gagner du terrain dans la pratique de la Commission, en particulier en matière d'appréciation des opérations de concentrations (B). Il convient de souligner qu'en général, ce sont les entreprises

¹⁵⁸⁰ A. WINCKLER & F. BRUNET (dir.), *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, Bruxelles, De Boeck Université, 2^e éd., 1998, p. 70 : « *Le caractère imprécis d'une telle méthodologie l'amène naturellement, en cas de doute, à opter pour une définition restrictive du marché, quitte dans un deuxième temps à autoriser l'opération en dépit de parts de marché élevées* ».

¹⁵⁸¹ La Commission européenne a affirmé lors de son analyse de l'opération *CVC/Lenzing* que le recours à des tests économétriques et statistiques est conforme à sa pratique telle qu'elle est définie dans la communication sur la définition du marché en cause. Décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, préc., para. 79.

¹⁵⁸² Arrêt du TPICE du 7 mai 2009, *Nederlandse Vakbond Varkenshouders (NVV) e.a. c./Commission*, T-151/05, *Rec.* p. II-1219, para. 122.

concernées qui présentent des études économiques afin de soutenir leurs arguments concernant le périmètre du marché en cause. La Commission européenne s'est montrée réceptive à ces études et a évalué le bien-fondé des modèles économiques dans sa décision. Dans la suite de ces développements, nous analyserons la jurisprudence dans laquelle certaines autres méthodes économiques sont fréquemment utilisées par la Commission européenne en vue de la délimitation du marché de produit en cause, à savoir le test de corrélation de prix (C), le test de stationnarité (D) et le test du choc (E).

A. Les élasticité-prix de la demande et élasticité-prix croisée de la demande

1116. L'élasticité-prix de la demande est peut-être la méthode la plus simple pour mettre en œuvre du TMH. Bien que les données d'élasticité-prix croisée de la demande soient d'importance secondaire¹⁵⁸³, la Commission applique les deux méthodes dans diverses décisions sous deux angles différents. Tout d'abord, elle a recours à une analyse statistique où les techniques économétriques permettent d'estimer avec précision le degré d'élasticité de la demande. Deuxièmement, elle a procédé à une analyse qualitative, dans le cadre de laquelle différents facteurs qui influent sur l'élasticité de la demande sont évalués, afin d'établir si celle-ci est élevée ou faible¹⁵⁸⁴.

1117. Les affaires dans lesquelles la Commission a analysé en profondeur les élasticités de la demande concernent largement les produits de consommation. Une analyse particulièrement détaillée a été menée dans l'affaire *Kimberly-Clark/Scott Paper*¹⁵⁸⁵. Les deux entreprises américaines, *leaders* en production et vente des produits en papier, ont notifié le 8 août 1995 à la Commission européenne leur intention de fusionner. On s'attendrait à ce que la nouvelle entité à l'issue de l'opération devienne le plus grand fabricant de produits en papier-tissu. L'investigation de la Commission s'est concentrée sur la fourniture de produits en papier hygiénique qui présentait sa préoccupation principale. La question en l'espèce était de savoir si les prix des produits vendus sous une marque de fabricant subissent la pression des prix des marques de distributeur. Les études économétriques ont été réalisées par Cambridge Economics et Lexecon. Alors que les deux études ont donné les mêmes résultats en ce qui concerne les estimations des

¹⁵⁸³ ICN, *Investigative Techniques Handbook for Merger Review*, 2005, para. 58 : « *In fact, cross elasticities are not really the issue at all – it is the own-price elasticity that is of the greatest consequence* ».

¹⁵⁸⁴ E. N. VARONA *et al.*, *Merger Control in the European Union*, préc., n° 5.76, p. 107.

¹⁵⁸⁵ Décision de la Commission du 16 jan. 1996, IV/M.623, *Kimberly-Clark/Scott*, JOCE L 183 du 23 juill. 1996.

élasticités-prix de la demande, les résultats sont très différents en ce qui concerne les élasticités-prix croisées de la demande. Cette différence s'est expliquée par les différentes séries chronologiques sur lesquelles ont travaillé les économistes¹⁵⁸⁶. Dans sa décision, la Commission a indiqué que les estimations des élasticités faites font apparaître que la demande sur le marché total du papier hygiénique est inélastique par rapport aux prix. Toutefois, les estimations des élasticités-prix croisées de la demande montraient une certaine concurrence par les prix entre les marques de distributeur et les marques de fabricant. Sur la base de ces données et des preuves qualitatives, elle a conclu que les deux catégories de produits appartiennent au même marché de produit en cause¹⁵⁸⁷.

1118. En revanche, dans *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*¹⁵⁸⁸, la Commission européenne a déclaré qu'il ne faudrait pas déduire des élasticités-prix croisées positives entre la viande de porc, de bœuf et de volaille que ces catégories de viande font partie du même marché de produits en cause. Elle a fait valoir que l'inélasticité de la demande par rapport au prix en ce qui concerne ces différentes catégories de viande signifiait qu'une augmentation de prix de chacune de ces catégories n'entraînerait qu'une diminution limitée du volume des ventes due au remplacement par d'autres types de viande ou à un recul de la consommation¹⁵⁸⁹. Les viandes de bœuf, de porc et de volaille ont donc été considérées comme constituant des marchés de produits distincts.

1119. La Commission a également procédé à une évaluation des élasticités de la demande sur le marché du papier d'impression dans *UPM-Kymmene/Haindl*¹⁵⁹⁰. Elle a considéré que les élasticités de l'ordre de [-0,15; -0,6] pour le papier journal et de [-0,3; -0,6] pour le papier magazine avec bois indiquaient qu'une petite baisse proportionnelle de l'offre de produits entraînerait une augmentation de prix plus élevée¹⁵⁹¹. Les produits constituaient donc chacun le marché de produits en cause.

1120. La délimitation du marché pertinent a donné lieu à des débats particulièrement intenses entre la Commission et les parties dans *CVC/Lenzing*. Les parties à l'opération estimaient que le

¹⁵⁸⁶ *Id.*, para. 176.

¹⁵⁸⁷ *Id.*, paras. 174-177.

¹⁵⁸⁸ Décision de la Commission du 9 mars 1999, COMP/M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, JOCE L 20 du 25 jan. 2000.

¹⁵⁸⁹ *Id.*, paras. 28-29.

¹⁵⁹⁰ Décision de la Commission du 21 nov. 2001, COMP/M.2498, *UPM-Kymmene/Haindl*, JOCE L 233 du 30 août 2002.

¹⁵⁹¹ *Id.*, para. 88.

marché de produits en cause comprenait l'ensemble des fibres discontinues cellulosiques, synthétiques et naturelles¹⁵⁹². La Commission a procédé à un examen approfondi du marché en cause en calculant, *inter alia*, les élasticités-prix croisées de la demande entre les fibres de viscose et leurs substituts les plus probables, c.à.d. le coton, le polypropylène et le polyester. Il en ressort que ces élasticités-prix croisées sont proches de zéro, ce qui montre que les fluctuations passées des prix de ces derniers n'ont pas entraîné de modification sensible de la demande de fibres de viscose. La Commission en a donc tiré la conclusion qu'il existe un marché de produits distinct pour les fibres de viscose¹⁵⁹³. Les parties l'ont critiquée d'avoir accordé un poids excessif à l'importance et à la fiabilité de l'analyse quantitative alors qu'elle aurait plutôt dû accorder plus d'importance aux preuves effectives d'un passage à d'autres fibres¹⁵⁹⁴. Ces arguments ont été rejetés par la Commission qui a fait valoir que la définition qu'elle a donnée du marché de produits ne s'appuyait pas en premier lieu sur les analyses quantitatives¹⁵⁹⁵. Ces dernières ayant été effectuées afin de corroborer ses conclusions sur l'existence de marchés de produits distincts, basées sur des considérations qualitatives¹⁵⁹⁶.

1121. Il en ressort que la preuve de la substituabilité générée par la mise en œuvre du TMH à l'aide des élasticités de la demande vient renforcer les résultats de la substituabilité établis par d'autres preuves mais elle ne joue que rarement le rôle décisif dans la décision finale de la Commission.

1122. Outre ces preuves, la Commission européenne a procédé depuis 2004 à l'estimation de la substituabilité à l'aide de l'analyse de la perte critique.

B. L'analyse de la perte critique (CLA)

1123. L'analyse de la perte critique a été utilisée pour délimiter le marché pertinent dans au moins cinq opérations de concentrations notables.

¹⁵⁹² Décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, préc., para. 19.

¹⁵⁹³ *Id.*, paras. 72-76.

¹⁵⁹⁴ *Id.*, paras. 37 et 78.

¹⁵⁹⁵ La Commission a également procédé à l'analyse de la corrélation des prix afin de corroborer sa conclusion. *Id.*, paras. 72 et s.

¹⁵⁹⁶ *Id.*, para. 79.

1124. Dans *Lufthansa/SN Airholding*¹⁵⁹⁷, en s'appuyant sur plusieurs sources de preuves¹⁵⁹⁸, l'analyse de la Commission de la substituabilité des aéroports de Bruxelles fait apparaître que le degré de substituabilité entre les aéroports d'Anvers et de Bruxelles-Zaventem est limité, si bien qu'Anvers n'exerce pas de pression concurrentielle significative sur cette dernière. De leur côté, Lufthansa a fait valoir que ces aéroports devraient être considérée comme substituables en l'espèce et présenté l'analyse de la perte critique afin de le démontrer. La Commission a reconnu que cette technique est une méthode simple et séduisante pour apprécier le critère SSNIP. Elle a toutefois fait valoir qu'une analyse de la perte critique n'était pas appropriée dans le secteur du transport aérien pour deux raisons. La première concernait la définition de la marque appropriée. La Commission a avancé qu'alors que la majorité des coûts dans l'industrie du transport aérien sont fixes à court terme, une compagnie aérienne pourrait, à la suite d'une augmentation permanente des prix, réaménager ses horaires de vol et la fréquence ou la taille de ses appareils afin de réduire sa capacité et, par conséquent ses coûts pour satisfaire la demande plus faible à laquelle elle serait confrontée¹⁵⁹⁹. À long terme, elle pourrait donc compenser la perte de ventes causée par la hausse des prix en changeant son mode de fonctionnement. La marge brute basée sur les frais évitables serait ainsi plus faible que celle basée sur les frais variables à court terme.

1125. La deuxième préoccupation concernait la complexité de calcul des prix, qui, selon la Commission, ne permettait pas d'appliquer de manière significative la formule standard de perte critique. L'analyse standard de la perte critique suppose qu'un prix unique est pratiqué à l'égard de tous les consommateurs. Mais dans le contexte de l'industrie aérienne, la discrimination par les prix est une caractéristique importante, puisque les systèmes de gestion du rendement sont conçus pour facturer des prix plus élevés aux passagers moins sensibles aux prix. Par conséquent, l'utilisation d'un prix moyen et d'une augmentation de prix générale pour calculer la perte critique ne correspond pas à la pratique tarifaire d'un monopoleur hypothétique dans ce secteur. La Commission a fait valoir qu'il était possible qu'une augmentation moyenne de 5 à 10% des prix puisse s'avérer rentable en appliquant une augmentation importante à l'égard des

¹⁵⁹⁷ Décision de la Commission du 22 juin 2009, COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Airholding (Brussels Airlines)*, JOUE C 295 du 4 déc. 2009.

¹⁵⁹⁸ *Id.*, para. 60.

¹⁵⁹⁹ *Id.*, para. 88.

passagers les moins sensibles au prix et une augmentation très faible à l'égard des passagers sensibles au prix¹⁶⁰⁰.

1126. Il est intéressant de noter qu'en rejetant l'analyse de la perte critique soumise par des parties, la Commission a noté que des marges élevées observées dans l'industrie du transport aérien pourrait fournir des informations sur la *perte réelle* probable qu'une entreprise pourrait subir en augmentant ses prix. Cet argument repose sur l'observation selon laquelle des marges élevées indiquent l'existence d'une faible élasticité-prix et donc un certain pouvoir de marché de l'entreprise¹⁶⁰¹.

1127. Dans sa décision antérieure *KLM/Martinair*¹⁶⁰², l'analyse de la perte critique a été également rejetée pour les mêmes raisons lorsque les parties l'ont utilisée afin de prouver la non rentabilité de l'augmentation de prix appliquée sur la liaison Amsterdam-La Havane¹⁶⁰³. La Commission a par ailleurs avancé qu'une marge brute élevée, qui caractérise cette industrie, indiquait une perte critique limitée mais qu'elle pouvait aussi indiquer une petite perte réelle¹⁶⁰⁴.

1128. Dans les deux décisions, bien que cette logique soit correcte, on peut se demander s'il s'agit d'une base appropriée pour rejeter le recours à l'analyse de la perte critique en vue d'apprécier la substituabilité entre produits.

1129. Cette technique a été également soumise par les parties concernées dans la concentration *Arsenal/DSP*¹⁶⁰⁵ alors que *Ineos/Kerling*¹⁶⁰⁶ a présenté un premier exemple où la Commission a réalisé sa propre analyse de la perte critique afin de mettre en œuvre le test SSNIP. La technique ayant été utilisée en vue de délimiter le marché géographique en cause, elle sera analysée dans le chapitre suivant.

1130. *Deutsche Börse/NYSE Euronext*¹⁶⁰⁷ est l'affaire la plus récente dans laquelle la Commission a été amenée à examiner l'analyse de la perte critique en vue d'apprécier la substituabilité des produits sur le marché financier. Les parties concernées, qui ont soumis cette

¹⁶⁰⁰ *Id.*, para. 89.

¹⁶⁰¹ *Id.*, para. 87.

¹⁶⁰² Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5141, *KLM/Martinair*, JOUE C 51 du 4 mars 2009.

¹⁶⁰³ *Id.*, paras. 295-299.

¹⁶⁰⁴ *Id.*, para. 296.

¹⁶⁰⁵ Décision de la Commission du 9 jan. 2009, COMP/M.5153, *Arsenal/DSP*, JOUE C 227 du 22 sept. 2009.

¹⁶⁰⁶ Décision de la Commission du 30 jan. 2008, COMP/M.4734, *Ineos/Kerling*, JOUE C 219 du 28 août 2008.

¹⁶⁰⁷ Décision de la Commission du 1^{er} déc. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*.

analyse, ont fait valoir qu'il était possible de démontrer que l'entité issue de la concentration ne serait pas en mesure d'augmenter de 5 à 10% le prix des produits dérivés négociés en bourse (*Exchange-traded derivatives – ETDs*), ce qui signifie que d'autres contraintes concurrentielles, telles que les transactions en bourse ou de gré-à-gré (*Over-the-counter – OTC*), empêcheraient toute augmentation des prix¹⁶⁰⁸. La Commission a cependant considéré que l'analyse de la perte critique était peu utile dans le cas de produits différenciés tels que ceux en l'espèce pour plusieurs raisons. Premièrement, elle a indiqué que les caractéristiques des contrats ETD varient considérablement et qu'il peut y avoir une variabilité considérable dans les marges réalisées sur différents contrats ETD. Deuxièmement, l'utilisation d'un prix moyen et d'une seule augmentation de prix pour calculer la perte critique n'est pas conforme à la façon dont un monopoleur hypothétique fixerait le prix dans cette industrie¹⁶⁰⁹. Troisièmement, les coûts fixes représentent la source principale de coût dans cette industrie dans laquelle les marges sont élevées et par conséquent, la perte critique et la perte réelle sont susceptibles d'être faibles¹⁶¹⁰. Dernièrement, une analyse de la perte critique suppose une perspective à très court terme alors qu'un monopoleur hypothétique pourrait augmenter les prix de manière rentable et permanente en modifiant son offre actuelle de produits, par exemple en modifiant les échéances des contrats ou le portefeuille de produits offerts. Les marges brutes basées sur les frais évitables seraient par conséquent plus faibles que celle basées sur les frais variables à court terme¹⁶¹¹. Pour toutes ces raisons, la Commission a jugé que l'analyse de la perte critique effectuée par les parties notifiantes ne mettait pas en évidence une délimitation d'un marché de produits unique englobant les marchés d'ETD et d'OTC.

1131. Les bases sur lesquelles la Commission a rejeté cette analyse est discutables. D'une part, la Commission note que les marchés caractérisés par des marges brutes élevées ont généralement tendance à être définis comme étant vastes puisqu'une augmentation des prix ne serait pas rentable avec un faible nombre de ventes perdues¹⁶¹². Pourtant, la relation théorique entre la perte critique et la perte réelle implique qu'en argumentant en faveur d'une délimitation du marché large, il ne suffit pas simplement de souligner que la perte critique est faible parce qu'il y a lieu

¹⁶⁰⁸ *Id.*, para. 343.

¹⁶⁰⁹ *Id.*, para. 347.

¹⁶¹⁰ *Id.*, para. 348.

¹⁶¹¹ *Id.*, para. 349.

¹⁶¹² *Id.*, para. 345.

de croire *a priori* que la perte réelle sera également faible¹⁶¹³. D'autre part, il semble insatisfaisant d'utiliser l'observation selon laquelle il existe une relation théorique entre la perte critique et la perte réelle comme base pour exclure une analyse cherchant à déterminer laquelle de ces pertes est susceptible d'être la plus élevée du point de vue d'un monopoleur hypothétique d'un marché candidat donné¹⁶¹⁴. Dans ce cas, d'autres informations peuvent être combinées aux données sur les marges brutes pour définir les marchés en cause.

1132. Dans plusieurs affaires, la Commission a été amenée à examiner la corrélation des prix à laquelle les parties ont souvent recours afin de renforcer leur argument sur un marché de produits en cause large.

C. Le test de corrélation

1133. Les preuves du test de corrélation ont été souvent utilisées pour renforcer l'appréciation de la substituabilité des produits mais elles sont rarement déterminantes. Le premier cas où l'analyse de corrélation des prix a joué un rôle décisif est la concentration *Nestlé/Perrier* en 1992. La Commission a estimé que les coefficients de corrélation inférieurs à 0,65 étaient trop faibles pour considérer les boissons rafraîchissantes et les eaux embouteillées comme substitués. En revanche, ceux supérieurs à 0,85 ont été acceptés comme preuve que l'eau gazeuse et l'eau plate se trouvaient sur le même marché de produits en cause¹⁶¹⁵. Toutefois, la Commission s'est montrée prudente à l'égard d'une telle analyse dans certaines situations dans lesquelles même si le coefficient de corrélation est élevé, aucune conclusion définitive n'a été tirée quant à l'appartenance des produits considérées au même marché¹⁶¹⁶. Elle a également reconnu que ces éléments de preuve ne doivent pas être considérés isolément, mais doivent être équilibrés au regard d'autres arguments¹⁶¹⁷. Dans *UPM/Mylykoski and Rhein Papier*¹⁶¹⁸, la Commission a rejeté la délimitation du marché des parties fondée sur l'analyse de corrélation qui a pourtant révélé un degré élevé de corrélation des prix entre les différentes qualités de papier pour

¹⁶¹³ D. GORE *et al.*, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, préc., p. 61.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

¹⁶¹⁵ Décision de la Commission du 22 juill. 1992, IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, préc., para. 16 et annexe 11. V. également décisions de la Commission du 4 juill. 2006, COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, JOUE LC72 du 13 mars 2007, paras. 107-108 ; du 19 juill. 2000, COMP/M.1939, *Rexam (PLM)/American National Can*, JOCE L 325 du 21 nov. 2001, paras. 11-13.

¹⁶¹⁶ Décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, *op. cit.*, para. 112.

¹⁶¹⁷ Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, préc., para. 515.

¹⁶¹⁸ Décision de la Commission du 13 juill. 2011, COMP/M.6101, *UPM/Mylykoski and Rhein Papier*, JOUE C 107 du 13 avril 2012.

magazine. Elle a déclaré que les mouvements parallèles des prix en tant que tels ne constituent pas des preuves suffisantes aux fins de la définition du marché¹⁶¹⁹. Ils ne répondent notamment pas directement à la question de savoir si une augmentation de prix de 5 à 10% profiterait ou non à l'hypothétique monopoliste. Par ailleurs, la constatation que la différence entre les prix des deux produits se réduit fortement ne permet pas non plus de se faire une idée sur la causalité de la relation entre les prix¹⁶²⁰. À ceci s'ajoutent les problèmes méthodologiques dans l'analyse des parties¹⁶²¹. En réponse à une même analyse présentée par les parties concernées dans *Votorantim/Fischer/JV*, la Commission a de nouveau confirmé que la corrélation des prix ne constituait pas en soi une preuve concluante de l'étendu du marché en cause¹⁶²².

1134. Il convient de souligner que les entreprises ont tendance à conclure à l'existence d'un marché de produits large lorsque les coefficients de corrélation sont élevés. Cette approche n'est pas toujours adoptée par la Commission. Lorsque le degré élevé de corrélation des prix entre différents produits peut s'expliquer par des facteurs autres que l'existence d'une concurrence entre eux, elle ne considère pas que ces produits se trouvent sur le même marché. Les exemples en sont nombreux. Dans *Friesland Foods/Campina*, la Commission a considéré comme fallacieuse l'analyse de corrélation présentée par les parties à l'opération qui prétendaient montrer que le fromage nature et le fromage sans croûte se trouvaient sur le même marché. Elle a en effet fait valoir que le degré élevé de corrélation observé était due à la présence du lait comme ingrédient commun aux deux types de fromages et donc ne peut pas servir à la preuve de la substituabilité entre eux¹⁶²³. Elle a par ailleurs ajouté que le co-mouvement des variables peut aussi être causé par des changements de goût ou une série de variables non reliées qui influencent la demande de différents produits de la même manière sans impliquer nécessairement que les produits sont sur le même marché¹⁶²⁴.

1135. Dans la concentration *Schneider/Legrand*, les parties ont soumis une analyse de corrélation de volumes à partir de laquelle elles estiment qu'il existe un marché unique des composants d'un tableau électrique. La Commission européenne souligne toutefois qu'une forte

¹⁶¹⁹ *Id.*, para. 44.

¹⁶²⁰ *Ibid.*

¹⁶²¹ *Id.*, para. 45.

¹⁶²² Décision de la Commission du 4 mai 2011, COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, préc., paras. 92 et s.

¹⁶²³ Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, préc., paras. 513-515.

¹⁶²⁴ *Ibid.*

valeur du coefficient de corrélation peut signifier que les produits sont complémentaires et non substituables¹⁶²⁵.

1136. Dans certaines affaires, l'analyse de corrélation des prix a été menée par la Commission à son initiative afin de corroborer sa conclusion tirée d'autres preuves. À titre d'exemple, elle a procédé, lors de son examen en Phase II, à cette analyse sur un certain nombre de marchés nationaux dans *Unilever/Sara Lee Body Care* afin de déterminer si les déodorants masculins et non-masculins sont des substituts. L'analyse a montré un degré significatif de co-mouvement des prix des produits concernés¹⁶²⁶. Toutefois, la Commission a relevé un certain nombre de cas où les prix n'ont pas évolué dans le même sens¹⁶²⁷. Si les parties ont fait valoir que ces divergences s'expliquaient par l'introduction de nouveaux déodorants masculins haut de gamme, la Commission a argumenté que ces événements spécifiques à un segment de marché étayaient son affirmation selon laquelle les prix sont fixés séparément dans les deux segments de produits¹⁶²⁸.

1137. Dans sa pratique décisionnelle, la Commission semble considérer que l'absence de corrélation des prix est déterminante pour conclure à l'appartenance des produits aux marchés distincts bien que l'existence d'une telle corrélation ne prouve pas nécessairement le contraire. En effet, dans *Rjowiggins/M-real Zanders Reflex*, elle a déclaré qu'« *alors que la preuve que les prix évoluaient ensemble dans le temps n'est pas une preuve concluante des fortes contraintes de concurrence entre les deux produits, cela est certainement cohérent avec le fait qu'ils appartiennent au même marché. En même temps, cependant, si l'on ne trouve pas de mouvements de prix concomitants importants dans le temps, cela suggère que la relation concurrentielle entre les deux produits n'est pas particulièrement forte et qu'ils ne font pas partie du même marché*¹⁶²⁹ ».

1138. Dans sa décision plus récente *Huntsman Corporation/Equity Interests Held By Rockwook Holdings*¹⁶³⁰, la Commission a effectué une analyse de corrélation des prix particulièrement

¹⁶²⁵ Décision de la Commission du 10 oct. 2001, COMP/M.2283, *Schneider/Legrand*, JOUE L 101 du 6 avril 2004, paras. 169-175.

¹⁶²⁶ Décision de la Commission du 17 nov. 2010, COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee Body Care*, préc., para. 75.

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ *Id.*, paras. 76-77.

¹⁶²⁹ Décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, JOUE C 96 du 25 avril 2009, para. 52.

¹⁶³⁰ Décision de la Commission du 10 sept. 2014, COMP/M.7061, *Huntsman Corporation/Equity Interests Held By Rockwook Holdings*, JOUE C 67 du 25 fév. 2015.

approfondie afin d'apprécier si les différentes qualités de TiO₂ pour les applications d'encre d'impression et de revêtements appartiennent au même marché. Les parties à l'opération ont eu recours à cette analyse en vue d'étayer leur argument sur le co-mouvement des prix des qualités d'encres et de revêtements ainsi que de soutenir que celles-ci font partie du même marché en cause et exercent une forte pression concurrentielle les unes sur les autres¹⁶³¹. La Commission a toutefois relevé les lacunes¹⁶³² dans l'analyse des parties tout en indiquant que trois conditions doivent être remplies pour qu'une analyse de corrélation des prix puisse être utile¹⁶³³ : la prise en compte des composantes communes de la série de prix¹⁶³⁴, la stationnarité des séries de prix¹⁶³⁵, et un nombre total minimal d'observations ainsi qu'un nombre minimal d'observations ultérieures constitués par les séries de prix¹⁶³⁶. Ainsi, lors de son examen, la Commission a (i) utilisé une analyse de corrélation partielle afin de tenir compte des composantes communes de l'offre et de la demande qui influent sur les prix de TiO₂ pour les applications d'encre d'impression et pour les revêtements, (ii) testé pour la stationnarité des séries de prix et effectué l'analyse de corrélation des prix sur les premières différences des séries de prix non stationnaires, et (iii) n'a examiné que les séries de prix contenant un certain nombre minimal d'observations consécutives et un certain nombre minimal d'observations totales¹⁶³⁷. Il ressort de son analyse qu'il n'y a pas de substitution du côté de la demande entre les qualités d'encre d'impression et de revêtements, ce qui correspond à sa conclusion tirée de l'évaluation qualitative¹⁶³⁸.

1139. Par cette décision, la Commission a confirmé l'analyse de corrélation des prix comme l'un des outils qu'elle utilise pour délimiter le marché en cause mais que l'acceptation mécanique de coefficients de corrélation des prix élevés comme preuve décisive de l'appartenance de deux produits au même marché en cause peut conduire à des résultats trompeurs¹⁶³⁹.

¹⁶³¹ *Id.*, para. 140.

¹⁶³² *Id.*, para. 141.

¹⁶³³ *Id.*, para. 147.

¹⁶³⁴ V. également décision de la Commission du 30 sept. 2013, COMP/M.6850, *Marine Harvest/Morpol*, JOUE C 312 du 26 oct. 2013, paras. 53 (la Commission a souligné que la méthode utilisée par les parties notifiantes conduisait à une corrélation fallacieuse en raison de non prise en compte des problèmes liés aux composantes communes des prix et à la non stationnarité des séries de prix).

¹⁶³⁵ V. également décision de la Commission du 5 août 2013, COMP/M.6607, *US Airways/American Airlines*, JOUE C 279 du 27 sept. 2013, para. 83

¹⁶³⁶ V. également décision de la Commission du 2 sept. 2013, COMP/M.6360, *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, JOUE C 368 du 17 oct. 2014, para. 123.

¹⁶³⁷ *Id.*, para. 149.

¹⁶³⁸ *Id.*, para. 153.

¹⁶³⁹ *Id.*, paras. 143-144.

1140. Dans un grand nombre de cas, les parties soumettent l'analyse de corrélation des prix conjointement avec le test de stationnarité¹⁶⁴⁰.

D. L'analyse de stationnarité

1141. Dans au moins deux décisions récentes, la Commission a utilisé l'analyse de stationnarité pour apprécier la délimitation du marché tant de produits que géographique en cause¹⁶⁴¹. Dans *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, elle a utilisé, en particulier l'analyse de corrélation et l'analyse de stationnarité pour déterminer l'ampleur selon laquelle les prix des bobines et ceux des feuilles évoluent ensemble dans le temps. La Commission a précisé que le but de l'analyse de stationnarité était de savoir si la « loi du prix unique » se vérifie entre les deux produits : si des produits sont des substituts proches, leurs prix ne peuvent dériver les uns des autres que pendant de courtes périodes. Si cette loi s'applique, cela est donc cohérent avec l'appartenance de ces produits au même marché¹⁶⁴². Les résultats de son analyse, qui a été effectuée à l'aide du test de Dickey-Fuller augmenté, montrent qu'il était peu probable que les bobines et les feuilles relèvent du même marché. La Commission a estimé qu'il existait une tendance nette à la hausse pour les prix des premiers par rapport au prix des derniers, ce qui suggérerait que les prix relatifs ne convergent vers aucune moyenne à long terme¹⁶⁴³. Elle a alors conclu qu'aucune preuve tirée de ces analyses ne permettait de dire de façon cohérente que les bobines et les feuilles font partie du même marché¹⁶⁴⁴ comme ont fait valoir les parties. Une attitude sceptique en ce qui concerne les preuves de stationnarité des prix pour la délimitation du marché de produits a été également adoptée dans *Votorantim/Fischer*¹⁶⁴⁵. Les parties concernées ont présenté leurs résultats d'analyse de stationnarité et de corrélation basées sur les prix de gros. La Commission a souligné que la stationnarité était une conséquence logique entre deux produits en concurrence étroite mais qu'elle ne permettait pas de prouver cette relation de concurrence¹⁶⁴⁶. Par ailleurs, elle a estimé que les résultats des parties selon lesquels le prix du jus de pomme et celui d'orange est relativement stable n'étaient pas robustes. Leur analyse était limitée à des données d'à partir de

¹⁶⁴⁰ Dans *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, préc., para. 48, la Commission indique que l'analyse de tarification est un outil standard utilisé pour évaluer si les produits relèvent du même marché pour les besoins de la concurrence.

¹⁶⁴¹ Pour la délimitation du marché géographique en cause.

¹⁶⁴² Décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, *op. cit.*, para. 50.

¹⁶⁴³ *Id.*, para. 55.

¹⁶⁴⁴ *Id.*, annexe 1, para. 25.

¹⁶⁴⁵ Décision de la Commission du 4 mai 2011, COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, *op. cit.*

¹⁶⁴⁶ *Id.*, para. 92.

2002 sans qu'aucune explication ne soit fournie pour justifier la restriction de l'analyse à cette période alors qu'une même analyse de stationnarité effectuée par la Commission pour la période à partir de 1999 a donné un résultat contraire¹⁶⁴⁷. Les éléments de preuve tirés par les parties de leur analyse n'ont donc pas été considérés comme prouvant une contrainte concurrentielle significative entre le jus d'orange et le jus de pomme¹⁶⁴⁸.

1142. Dans *Olympic/Aegean Airlines*¹⁶⁴⁹, afin de démontrer que les services fournis aux passagers sensibles et aux passagers non sensibles au facteur temps constituaient un marché de produits unique, les parties ont présenté des éléments de preuve de l'existence d'une relation stationnaire entre les prix pratiqués par Aegean pour les professionnels et les tarifs entièrement flexibles. La Commission les a cependant rejetés pour deux raisons principales. Premièrement, elle a contesté la question de savoir si la stationnarité des prix était un facteur déterminant de la substituabilité entre produits en déclarant que « *les éléments de preuve du co-mouvement des tarifs, testés soit par des tests de stationnarité sur le tarif relatif, soit par d'autres moyens économétriques, ne constituent pas un instrument approprié pour prouver l'inclusion d'un ou plusieurs produits sur le même marché, mais pour réfuter l'hypothèse selon laquelle ils appartiennent à des marchés séparés. En d'autres termes, la stationnarité dans le tarif relatif est une condition nécessaire, et non suffisante, pour l'inclusion des produits sur le même marché*¹⁶⁵⁰ ». Deuxièmement, en citant l'étude de FORNI, elle a indiqué qu'une stationnarité trompeuse peut survenir lorsque les séries de prix sous-jacentes considérées sont elles-mêmes stationnaires. Par cette décision, la Commission a apporté une meilleure compréhension du rôle de ce type d'analyse dans la délimitation du marché pertinent en concluant que « *même si l'analyse de stationnarité devait être considéré comme correcte, elle ne constituerait pas une preuve suffisante pour conclure à l'existence d'un marché unique pour tous les types de passagers. Pour en arriver à une telle conclusion, des éléments de preuve supplémentaire de nature quantitative ou qualitative serait nécessaire. En l'absence de telle preuve corroborante, la simple détection de la stationnarité dans le tarif relatif ne permettrait pas d'éclairer de manière*

¹⁶⁴⁷ *Id.*, para. 95.

¹⁶⁴⁸ *Id.*, para. 96.

¹⁶⁴⁹ Décision de la Commission du 26 jan. 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, JOUE C 195 du 3 juill. 2012.

¹⁶⁵⁰ *Id.*, annexe 1, para. 52.

*significative la question des limites du marché en cause*¹⁶⁵¹ ». Deux constats peuvent être tirés de cette déclaration. Le premier est qu'il est peu probable que la Commission accepte les analyses de stationnarité comme éléments de preuve du marché pertinent sans autre preuves corroborantes¹⁶⁵². Le second consiste au fait qu'il pourrait accepter la stationnarité comme base pour exclure plutôt que pour inclure des alternatives à un même marché en cause.

1143. Dans certaines affaires où ont eu lieu des événements spécifiques qui influent sur le comportement des entreprises en matière de prix et d'offre, l'analyse de ces événements a représenté une forme connexe de preuve sur les limites du marché.

E. L'analyse du choc

1144. La Commission européenne a utilisé des analyses de choc aux fins de la délimitation du marché dans un certain nombre d'enquête d'opération de concentration en Phase II.

1145. Dans sa décision *Inco/ Falconbridge*¹⁶⁵³, la Commission a analysé les perturbations de la fourniture de cobalt de haute pureté pour vérifier la conclusion des parties selon laquelle le marché de produits pertinent est celui de la fourniture de tous les produits finis en cobalt. Concrètement, elle a évalué les effets d'une grève dans les usines sur la production et le prix des cobalts de haute pureté ainsi que sur les prix des cobalts des qualités inférieures. Il en ressort que les grèves à l'usine Sudbury d'Inco, qui a entraîné une réduction de l'offre de cobalt de haute pureté, n'a eu d'incidence que sur les prix de ce produit alors que les prix de cobalt des qualités inférieures n'ont pas été affectés. La Commission indique qu' « *il y a une différence entre les prix LMB du cobalt à 99,30% et du cobalt à 99,80%. Il est frappant de constater que le différentiel entre le cobalt à teneur élevée et faible s'élargit "en raison de l'annonce d'une grève à l'usine Sudbury d'Inco et de difficultés de production chez deux autres producteurs" en 2003. Le risque d'une nouvelle grève en juin 2006 à l'usine Sudbury d'Inco fait également monter les prix du cobalt de haute pureté*¹⁶⁵⁴ ». Cela montre, selon elle, qu'il existe une demande et un marché spécifiques pour le cobalt de haute pureté qui sont fortement influencés par les événements affectant la production des fournisseurs de cobalt offrant le cobalt le plus pur tels

¹⁶⁵¹ *Id.*, annexe 1, para. 68.

¹⁶⁵² V. également décision de la Commission du 2 sept. 2013, COMP/M.6360, *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, JOUE C 368 du 17 oct. 2014, para. 127.

¹⁶⁵³ Décision de la Commission du 4 juill. 2006, COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, JOUE L 72 du 13 mars 2007.

¹⁶⁵⁴ *Id.*, para. 193.

qu'Inco¹⁶⁵⁵. Ainsi, la fourniture de cobalt de haute pureté a été considérée comme constituant le marché de produits en cause distinct.

1146. Dans sa décision ultérieure *Votorantim/Fischer/JV*, la Commission a effectué une enquête sur le marché en demandant aux clients comment ils avaient réagi suite à la hausse du prix du jus d'orange causée par les ouragans de 2004/2005 en Floride¹⁶⁵⁶. Elle a constaté que la plupart des clients n'ont pas modifié leurs habitudes d'achat de jus d'orange pour passer à d'autres jus de fruits et qu'une seule minorité de clients s'est tournée vers ces derniers. Bien que l'ampleur de ce changement pour d'autres jus de fruits n'ait pas été examinée en détail, ces éléments de preuve ont été utilisés à l'appui de la conclusion de la Commission selon laquelle il existait un marché de produits en cause distinct pour le jus d'orange.

1147. Conclusion du §2. Les analyses de la pratique décisionnelle de la Commission qui précèdent nous ont donc permis de mieux comprendre comment et dans quelles circonstances les méthodes quantitatives sont appliquées dans une affaire particulière. Il en ressort que la Commission a recours au TMH dans quasi des affaires mais la méthode de sa mise en œuvre varie selon les caractéristiques du marché et les données collectées. En général, sa pratique se concentre sur l'analyse de l'élasticité-prix de la demande et de l'élasticité-prix croisée de la demande alors que l'analyse de la perte critique est utilisée avec plus ou moins réticence. Dans la plupart des cas, cette analyse a été soumise par les parties concernées et la Commission se montre réceptive. Dans certains cas, elle a été appliquée à l'initiative de cette dernière comme cadre pour vérifier la conclusion tirée des preuves qualitatives sur la SSNIP. En ce qui concerne les analyses de corrélation et de stationnarité, bien que la Commission indique qu'elles sont un outil standard pour évaluer si les produits relèvent du même marché pour les besoins de la concurrence, sa pratique montre que les preuves tirées de ces analyses ne peuvent être suffisantes pour aboutir à la conclusion du marché de produits en cause¹⁶⁵⁷. La Commission utilise, dans certains cas, les preuves de l'analyse du choc en complément d'autres pour appuyer sa conclusion.

1148. Conclusion de la section 1. L'examen des critères et preuves dans des affaires traitées par la Commission, en particulier, en matière de contrôle des concentrations avant et après 2004,

¹⁶⁵⁵ *Id.*, para. 194.

¹⁶⁵⁶ Décision de la Commission du 4 mai 2011, COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, *op. cit.*, para. 79.

¹⁶⁵⁷ Décision de la Commission du 4 juin 2008, *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, *op. cit.*, para. 48.

confirme que conformément à son approche fondamentale de la délimitation du marché, la Commission s'appuie d'abord sur un faisceau d'indices qualitatifs dont apparaissent en premier lieu les caractéristiques et les utilisations des produits directement affectés par l'opération. Toutefois, le fait que deux produits aient des caractéristiques et de l'usage similaires n'est généralement pas suffisant pour démontrer qu'il s'agit de substituts du côté de la demande car leur substituabilité peut être influencée par d'autres facteurs dont le prix. Par conséquent, le marché de produit pertinent est d'abord défini sur la base des preuves qualitatives, puis élargi ou restreint à la lumière d'autres facteurs qui sont notamment quantitatifs. Les analyses précédentes permettent de codifier le point de vue de la Commission européenne sur les techniques économiques auxquelles elle a recours pour définir le marché de produits en cause. Aucune n'est déterminante. Bien qu'elle n'ait pas toujours été cohérente dans son cadre méthodologique et son approche analytique, sa pratique décisionnelle révèle néanmoins une forte tendance à définir les marchés de produits de manière étroite.

1149. Transition. Comme on l'a soulevé, la substituabilité est la notion utilisée à travers le processus de la délimitation du marché pertinent. Les développements qui précèdent portent sur l'analyse de la substituabilité des produits dans le contexte de l'économie traditionnelle. Elle devient beaucoup plus complexe dans les secteurs dynamiques et innovants où les produits qui ne sont pas encore disponibles sur le marché peuvent exercer des pressions concurrentielles sur les produits existants.

Section 2. L'analyse de la substituabilité de la demande dans le cas des marchés dynamiques et innovants – le test SSNDQ

1150. La définition du marché en cause dans les secteurs en pleine évolution a rendu l'enquête de la Commission très complexe. Cela est notamment en raison du niveau différent de connaissance des technologies actuellement utilisées par les acteurs du marché ou du manque de certitude quant à celles qui devront être développées, mais aussi de la compréhension différente des définitions des termes¹⁶⁵⁸. Malgré les caractéristiques particulières des marchés dynamiques et innovants, il apparaît que la Commission utilise les mêmes méthodes de la délimitation du marché dans les secteurs traditionnels pour définir les marchés de produits en cause dans les

¹⁶⁵⁸ Décision de la Commission du 4 sept. 2012, COMP/M.6314, *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, JOUE C 66 du 7 mars 2013, para. 88.

secteurs spécifiques. Il convient de rappeler que dans ces derniers, le principal paramètre concurrentiel n'est pas le prix mais la performance du produit. Le prix n'est donc pas un facteur clé en vue d'analyser la substituabilité. L'utilisation d'aspects qualitatifs serait préférable pour affiner cette analyse. Cela pourrait impliquer de recourir au test dit SSNDQ qui part du même principe que le test SSNIP mais se repose sur le facteur qualité du produit (§1). La mise en œuvre de ce test nécessite une méthode permettant de tenir compte tant le prix que la qualité du produit (§2).

§1. Le principe du test SSNDQ

1151. Partant du postulat de SCHUMPETER selon lequel l'analyse de la concurrence se focalise trop souvent sur les structures de marché existantes plutôt que sur la façon dont ces structures sont créées et détruites¹⁶⁵⁹, HARTMAN, TEECE, MITCHELL et JORDE ont développé le test *Small but Significant and Non transitory Decrease in Quality*¹⁶⁶⁰ destiné à délimiter le marché pertinent et à évaluer le pouvoir de marché dans les secteurs caractérisés par de rapides avancées technologiques. Le test consiste en l'évaluation de la réactivité de la demande à une baisse de qualité d'un produit, de laquelle la substituabilité des produits est déduite. Si le SSNDQ suit le même principe que le test SSNIP, sa mise en œuvre nécessite une méthodologie différente que ce dernier.

1152. L'hypothèse de départ du SSNDQ consiste dans le fait qu'une baisse de qualité du produit entraîne une perte de clients. Ainsi, afin d'évaluer la substituabilité des produits, le test cherche à répondre à la question de savoir si une évolution des caractéristiques de performance de l'un des produits inciterait à une substitution avec un autre¹⁶⁶¹. Il s'effectue en partant d'un périmètre de produit initial défini le plus étroitement possible. Si la réponse à la question posée est négative, le produit considéré constitue alors le marché pertinent. En revanche, si elle est positive, le test est répété jusqu'à ce que l'ensemble de produits retenu soient tels qu'il devienne rentable de procéder à une baisse légère mais permanente et non transitoire de la qualité du produit. Par conséquent,

¹⁶⁵⁹ J. B. BAKER, « Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation », *Antitrust Law Journal*, préc.

¹⁶⁶⁰ R. HARTMAN, D. TEECE, W. MITCHELL & T. JORDE, « Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change », *Industrial and Corporate Change*, vol. 2, issue 3, 1993, p. 317-350.

¹⁶⁶¹ *Id.*, p. 334.

les produits différenciés, même s'ils reposent sur des technologies différentes, devraient être inclus dans le marché de produits en cause¹⁶⁶².

1153. L'évaluation de la substituabilité des produits fondée sur la performance exige une méthode de mise en œuvre qui tient compte de l'importance des caractéristiques des produits dans le comportement économique des entreprises. Pour cela, la méthode hédonique a été adoptée.

§2. La mise en œuvre

1154. La méthode hédonique se concentre sur la demande et les coûts de production des produits. La première traite de l'importance des attributs des produits dans la détermination des prix et des parts de marché tandis que les coûts démontrent et mesurent l'impact des attributs des produits sur les coûts de production. L'utilisation de cette méthode permet de convertir les prix nominaux en prix réels en prenant compte l'incidence de la qualité sur la valeur d'un produit. En effet, dans leur approche méthodologique, HARTMAN *et al.* ont proposé d'étendre la formule d'évaluation de la réactivité des consommateurs à une SSNIP en introduisant le facteur performance, ce qui permettra d'évaluer à la fois l'élasticité-prix et performance et l'élasticité-prix et performance croisée de la demande¹⁶⁶³. Ainsi, supposons qu'une entreprise réduise la performance d'un de plusieurs attributs de son produit X tout en maintenant le prix et la performance des autres attributs. Si cette réduction de performance du produit X entraîne l'augmentation de la demande du produit Y, il existe une élasticité-performance croisée de la demande entre les deux produits. Si cette élasticité croisée est suffisamment élevée, les produits doivent être considérés comme appartenant au même marché. Ensuite, supposons que l'entreprise augmente à la fois les prix du produit X et la performance d'un de ses attributs de 5%. Dans ce cas, il se peut que cette augmentation ne résulte pas à une hausse de la demande du produit Y. Toutefois, cela ne signifie pas que X et Y se trouvent sur des marchés distincts. Cela s'explique, d'une part, par le fait que l'augmentation à la fois du prix et de la performance du produit est prise en considération. D'autre part, dans la mesure où la variation des prix et de la performance

¹⁶⁶² *Ibid.*

¹⁶⁶³ *Id.*, p. 337. La réactivité des consommateurs à une évolution de prix et de performance d'un produit est évaluée selon la formule suivante : $q_o = S(p_m, p_o; a_m, a_o; Z_s)$ et $q_o = D(p_m, p_o; a_m, a_o; Z_d)$ où q_o est le volume de vente de l'entreprise O, p_m le prix de l'entreprise M, a_m l'attribut du produit de l'entreprise M; D la demande, S l'offre, Z_s et Z_d représentent tous les facteurs exogènes affectant la demande et l'offre.

du X stimule la demande totale du marché tout en conservant les mêmes parts de marché, elle augmentera la demande de Y¹⁶⁶⁴.

1155. Dans la mise en œuvre du test SSNIP, le seuil de référence pour une augmentation faible mais significative de prix est fixé à 5-10%. Pour mettre en œuvre le SSNDQ, ces seuils ne seraient pas appropriés car une baisse ou une amélioration de 5-10% de la performance est trop faible par rapport à celle qui a effectivement lieu dans les industries de haute technologie. À cet égard, les auteurs ont proposé une baisse de 25% d'une caractéristique de performance clé du produit. La question à se poser est donc de savoir si les consommateurs opteraient pour d'autres produits pour réagir à une baisse de 25% de la caractéristique de performance clé du produit en cause, *ceteris paribus*, ou s'ils cesseraient d'acheter un produit existant pour en acheter un nouveau caractérisé par une amélioration de 25% d'une caractéristique de performance clé. Si c'est le cas, les produits de substitution font partie du même marché pertinent que le produit concerné¹⁶⁶⁵. Les auteurs font valoir que ce choix de seuil de 25% reste conservateur, une amélioration de 25% d'une seule caractéristique étant susceptible d'impliquer une amélioration globale de la performance nettement inférieure à 25%.

1156. Si le principe et la méthodologie sont bien déterminés, plusieurs auteurs s'interrogent sur la quantification de la performance des caractéristiques, qui joue un rôle crucial à l'évaluation de la réactivité des consommateurs et n'est pourtant pas une chose aisée. En indiquant que les utilisateurs sont familiers avec les programmes de développement clé de leurs fournisseurs et sont donc capables d'évaluer la possibilité qu'un changement particulier du produit émerge dans un avenir proche, les auteurs estiment que la quantification efficace de la performance serait celle qui repose sur les jugements éclairés des utilisateurs de produits existants ou d'experts de l'industrie. Elle consisterait à identifier tout d'abord les experts du marché, leur demander les principaux attributs de performance et puis leur évaluation des effets de substitution des changements dans ces attributs¹⁶⁶⁶. Au cas où les experts du marché ne seraient pas en mesure d'attribuer des valeurs en pourcentage aux attributs de performance, une solution alternative

¹⁶⁶⁴ *Id.*, p. 338-339.

¹⁶⁶⁵ *Id.*, p. 340.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*

consiste à fonder sur leur estimation de la faisabilité technique des changements des produits à court terme¹⁶⁶⁷.

1157. En ce qui concerne la question de temps, la durée d'un an appliquée au test SSNIP s'avère trop courte lorsque les produits de haute technologie sont impliqués. À cet égard, il convient de rappeler que la détermination d'une durée fixe en vue de la mise en œuvre du test SSNIP ou SSNDQ est, d'une certaine manière, arbitraire. Toutefois, pour la mise en œuvre de ce dernier et compte tenu d'importantes variations entre les produits, une période de quatre ans a été suggérée comme référence de temps fixe, avec la possibilité d'ajustement si cela semble approprié dans chaque cas particulier¹⁶⁶⁸. Selon les auteurs, ce choix se repose en quelque sorte sur la faisabilité prédictive du changement de performance des produits. Ils précisent également que les experts de l'industrie et du marché pourront anticiper ce changement dans une période plus longue que quatre ans lorsque le changement, qui améliore le positionnement concurrentiel, (i) combine des ressources physiques existantes et celles fondées sur le savoir, et (ii) est utilisé par les utilisateurs existants sur les marchés existants¹⁶⁶⁹.

1158. Le test SSNDQ peut ainsi constituer un outil utile permettant aux autorités de la concurrence d'apprécier la substituabilité des produits dans des situations où la concurrence tient essentiellement à la performance. Il importe de préciser que pour les marchés dits « du prix zéro », comme les marchés bifaces, sur lesquels le test SSNIP est inapplicable, le test SSNDQ est une solution alternative en vue de délimiter le marché pertinent. Pour d'autres marchés dynamiques et innovants, il vient compléter le premier.

1159. Le test SSNDQ a cependant fait l'objet de critiques, en particulier en raison des difficultés intrinsèques liées à la mesure de la qualité.

1160. Tout d'abord, la performance étant une notion multidimensionnelle¹⁶⁷⁰, il est difficile d'établir quelle est la dimension de qualité pertinent dans la pratique¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁷ *Id.*, p. 341.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ *Id.*, p. 342.

¹⁶⁷⁰ *Id.*, p. 339.

¹⁶⁷¹ OCDE, The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP (2013)17, 28 oct. 2013, p. 176 et s.

1161. Deuxièmement, la notion de « caractéristique de performance clé » est extrêmement élastique, et nombre de changements intervenus dans les performances de ces caractéristiques clés ne sont pas facilement quantifiables¹⁶⁷².

1162. Troisièmement, comme les auteurs le reconnaissent, s'il est toujours possible d'augmenter le prix, il n'est pas toujours réalisable d'accroître les performances¹⁶⁷³.

1163. Dernièrement, le fait que les marchés fondés sur les caractéristiques associent produits courants et produits futurs risque d'empêcher une représentation exacte de l'état de la concurrence à une période donnée¹⁶⁷⁴.

1164. Conclusion du §2. Le test SSNDQ est présenté comme un moyen quantitatif qui met l'accent sur la qualité du produit pour délimiter le marché en cause. Ayant le même principe que le test SSNIP, le SSNDQ évalue l'effet de substitution d'une baisse faible mais significative et non transitoire des caractéristiques de performance du produit. Sa mise en œuvre peut s'effectuer à l'aide de la méthode hédonique qui permet de tenir compte tant le facteur prix que le facteur qualité dans l'analyse de la substituabilité. Dans les secteurs innovants où la concurrence se fait par la performance plutôt que par les prix, le marché pertinent doit être délimité au moyen d'une évaluation quantitative relative à la performance du produit et à son incidence sur la concurrence. Malgré ses difficultés, le test SSNDQ en constitue un outil utile et son application devrait être répandue à l'avenir, d'autant plus que l'économie mondiale actuelle se caractérise par une forte innovation.

1165. Conclusion de la section 2. L'importance accordée par les consommateurs à la qualité du produit est un des facteurs clé de l'appréciation de la substituabilité des produits et un élément majeur pour l'application du test SSNIP. Dans les secteurs technologiquement avancés, le fait de ne s'intéresser uniquement aux prix ne peut déboucher que sur une délimitation trop étroite du marché. Or, il ressort de la pratique décisionnelle de la Commission européenne que l'évaluation de la substituabilité des produits s'appuie principalement sur les facteurs quantitatifs, bien que les efforts de R&D modifient constamment la qualité des produits. Celle-ci, si elle est prise en

¹⁶⁷² J. KATTAN, « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, n° 3, 1993, p. 937-973, spéc. p. 952.

¹⁶⁷³ R. HARTMAN, D. TEECE, W. MITCHELL & T. JORDE, « Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change », *op. cit.*

¹⁶⁷⁴ OCDE, Application of Competition Policy to High Tech Markets, OCDE/GD (97)44, 1996, p. 48.

compte, reste une évaluation qualitative. Dans le contexte où l'innovation ou la performance du produit est le paramètre concurrentiel principal, un mécanisme économétrique solide destiné à la quantification de la performance du produit est nécessaire pour délimiter le marché en cause. Le test SSNDQ constitue un moyen quantitatif permettant d'introduire dans la délimitation du marché des considérations de concurrence dynamique, fondée sur les performances. Le recours à ce test permettrait à la Commission ainsi qu'aux autorités de la concurrence d'éclairer le processus de délimitation du marché.

1166. Conclusion du chapitre. L'ensemble des analyses qui précèdent conduit à deux conclusions. La première porte sur le rôle considérable que jouent les techniques économiques dans la délimitation du marché de produits en cause de la Commission. Ayant recours à une grande diversité des critères afin d'apprécier la substituabilité des produits, la Commission a tendance à accroître l'utilisation des analyses économiques. Bien que son point de départ consiste en l'examen des preuves qualitatives, elle s'appuie largement sur les preuves quantitatives pour fonder ses conclusions de l'étendue du marché pertinent. En effet, si l'analyse des critères qualitatifs lui permettent *prima facie* de déterminer le choix des consommateurs et ainsi de limiter le champ de son analyse aux produits de substitution éventuels, elle n'est pas suffisante, dans la majorité des cas, pour parvenir à la conclusion de la délimitation du marché. La Commission, alors qu'elle s'est montrée réceptive de l'analyse de la perte critique, a recours encore souvent aux analyses de l'élasticité-prix et de l'élasticité-prix croisée de la demande afin de conclure à l'existence ou à l'absence de la substitution entre produits. Dans certaines affaires particulièrement complexes, les marchés de produits en cause sont délimités à l'aide d'une combinaison de méthodes économiques.

1167. La seconde conclusion consiste en l'inadéquation du TMH à la délimitation du marché dans les secteurs technologiquement avancés. Nous avons démontré qu'une approche axée sur l'analyse quantitative de la qualité du produit serait nécessaire lorsque la concurrence se fait par la performance plutôt que par les prix. Pour cela, la Commission peut considérer le test SSNDQ comme étant une méthode dans sa *toolbox*.

1168. Transition. Si le TMH demeure l'approche standard de la Commission, sa pratique décisionnelle montre que les contraintes concurrentielles provenant des concurrents du monopoleur hypothétique ne sont pas systématiquement prises en considération.

CHAPITRE 2

LA SUBSTITUABILITÉ DE L'OFFRE

1169. S'il existe un large consensus parmi les autorités de la concurrence, les juristes et les économistes quant à la nécessité de faire référence à la substituabilité du côté de la demande pour délimiter le marché pertinent, la même unanimité n'existe pas en ce qui concerne la substituabilité du côté de l'offre. Au contraire, la question de savoir si la substituabilité du côté de l'offre doit être prise en considération lors de la délimitation du marché pertinent ou si elle doit l'être une fois le marché défini fait l'objet d'un débat animé. Jusqu'à présent, une vive controverse quant à la pertinence des contraintes du côté de l'offre pour la délimitation du marché existe toujours. La Commission ne prend en considération l'analyse du côté de l'offre que si certaines conditions sont réunies (**Section 1**). Certes, l'analyse de la substituabilité de l'offre est prospective et s'avère plus spéculative que celle de la demande, mais la réaction des autres entreprises constitue l'un des deux éléments cruciaux qui peut limiter la mesure dans laquelle l'entreprise en cause augmente les prix du produit. La délimitation du marché du côté de l'offre peut permettre de déterminer précocement qu'une entreprise n'a pas de pouvoir de marché, ce qui évite de devoir procéder à une analyse plus approfondie. D'autant plus que même si les consommateurs n'étaient pas en mesure de réagir à une hausse des prix, les producteurs pourraient le faire assez rapidement. Ainsi, une bonne appréhension du rôle de la substituabilité de l'offre devrait conduire à favoriser une utilisation systématique de ce principe dans la délimitation du marché (**Section 2**).

Section 1. La pratique de la Commission européenne

1170. La substituabilité du point de vue de l'offre¹⁶⁷⁵ traduit la capacité des offreurs à satisfaire la demande adressée à l'entreprise dont on recherche le marché sur lequel elle intervient. Des

¹⁶⁷⁵ Il convient de souligner la distinction entre la substitution de l'offre et la concurrence potentielle en droit européen. Alors que la première suppose une certaine immédiateté, la seconde consiste dans un délai plus long. Toutefois, le Tribunal a déclaré que « *bien que la concurrence potentielle et la substitution du côté de l'offre constituent des questions conceptuellement différentes, [...] il convient de constater que ces questions se chevauchent en partie, la distinction résidant surtout dans le caractère immédiat ou non de la limitation de la concurrence* », arrêt du TPICE du 30 sept. 2003, *Atlantic Container Line AB e.a. c./Commission*, aff. jtes. T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec. p.* II-3275, para. 834.

entreprises n'offrant pas les produits en cause sur le marché peuvent cependant être aptes à les commercialiser à court terme, en réaction à une augmentation légère mais permanente des prix relatifs. En fait, il s'agit d'offres de produits voisins qui pourraient, sans que cela leur coûte, adapter leurs méthodes de production pour se mettre à fabriquer le produit en cause. Ces entreprises sont déterminées, selon la communication sur la définition du marché en cause, à l'aide de deux critères principaux : le coût¹⁶⁷⁶ et le temps d'adaptation (§1). La pratique décisionnelle de la Commission montre qu'elle prend en considération un troisième critère important, à savoir la rentabilité, c'est à dire l'incitation commerciale de l'entreprise à commencer la production (§2).

§1. Le coût et le temps d'adaptation

1171. Lorsqu'est évoquée la question de la substituabilité du côté de l'offre, la Commission s'interroge en premier lieu sur les capacités financières d'autres entreprises à entrer sur le marché en cause (A). A supposer que cette condition est satisfaite, encore faut-il s'assurer que le passage à la production du produit en cause est réalisable dans un laps de temps (B).

A. Le coût d'adaptation

1172. D'une manière générale, la Commission a tendance à ne tenir compte des considérations liées à l'offre dans la délimitation du marché que lorsqu'il est clairement établi que le passage à la production du produit en cause n'entraîne pas de coûts importants au niveau des investissements, autrement dit des coûts irrécupérables. Le rejet par la Commission de la considération de la substitution de l'offre a été fondé, dans la plupart des cas, sur ce critère. L'exigence de l'absence de coûts significatifs doit toujours être considérée en relation avec une éventuelle augmentation de prix du produit de 5-10%. Ce principe a été strictement appliqué dans la pratique. En effet, dans *CVC/Lenzing*, la Commission indique que le changement de la production de fibres de viscose à celle de lyocell implique la construction d'une installation de production entièrement nouvelle parce que ce produit est fabriqué à partir de matières premières entièrement différentes avec des processus de production entièrement différents¹⁶⁷⁷. Ce changement de production ne pourrait donc se faire qu'à un coût considérable. Par conséquent,

¹⁶⁷⁶ V. également D. NEVEN & M. DE LA MANO, « Economics at DG Competition, 2008-2009 », *Review of Industrial Organization*, vol. 35, n° 4, Special Issue: Antitrust and Regulatory Review, 2009, p. 317-347.

¹⁶⁷⁷ Décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, préc., paras. 69-71.

elle a conclu qu'il n'existait aucune substituabilité sur le plan de l'offre entre les fibres synthétiques et les fibres cellulosiques artificielles.

1173. Les entreprises, quant à elles, ont souvent tendance à démontrer la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché et elles ont l'intérêt de procéder à une telle analyse. Toutefois, la lecture des décisions de la Commission montre que leurs arguments ne sont acceptés que dans peu de cas. Dans *Microsoft/LinkedIn*¹⁶⁷⁸, la Commission a rejeté la définition des parties concernées selon laquelle le marché de produits en cause est celui de la technologie d'accélération des ventes. En s'appuyant fortement sur le test de marché, elle a fait valoir que les technologies d'accélération des ventes sont très différentes au niveau des principes de base, des fonctionnalités de base et de la structure générale. Le passage de développement d'une catégorie à une autre nécessiterait ainsi un investissement considérable et ne peut se faire à court terme, en particulier pour les petits nouveaux entrants¹⁶⁷⁹.

1174. Toujours sur le marché des plateformes, dans sa fameuse décision *Google Search (Shopping)*¹⁶⁸⁰, la Commission a déclaré que la fourniture des services de comparaison de prix constituait un marché de produit distinct, la substituabilité du côté de la demande et du côté de l'offre étant toute limitée. En ce qui concerne cette dernière, la Commission a fait valoir que chaque service de recherche spécialisé sélectionne et classe les résultats selon les critères spécifiques qui s'appuient sur des signaux et des formules spécifiques conçus pour déterminer la pertinence d'un type d'information particulier, à savoir le prix, l'information du produit, la popularité des produits, etc. En outre, les services de recherche spécialisés sélectionnent le plus souvent le contenu d'un pool de fournisseurs pertinents avec lesquels ils entretiennent des relations contractuelles et ces fournisseurs doivent alimenter des bases de données et d'autres infrastructures de données exploitées par des fournisseurs de services de recherche spécialisés. Chaque service de recherche spécialisé doit donc développer et maintenir une infrastructure de données dédiée et des relations structurées avec les fournisseurs concernés. La Commission en conclut que le développement d'une telle infrastructure avec des fonctionnalités spécifiques par

¹⁶⁷⁸ Décision de la Commission du 6 déc. 2016, COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*.

¹⁶⁷⁹ *Id.*, para. 66.

¹⁶⁸⁰ Décision de la Commission du 27 juin 2017, COMP/39740, *Google Search (Shopping)*, *op. cit.*

d'autres fournisseurs de services de recherche spécialisée ne peut se faire sans encourir de coûts supplémentaires importants¹⁶⁸¹.

1175. Dans *ABF/GBI Business*¹⁶⁸², les parties ont fait valoir l'existence d'un degré important de substituabilité du côté de l'offre entre les différentes formes de levure. Si la Commission reconnaît l'existence d'un certain degré de substituabilité du côté de l'offre en raison de l'interconnexion de leur processus de production, elle avance toutefois que le passage à la production de levure sèche implique un investissement considérable au niveau des équipements techniques nécessaires¹⁶⁸³ (équipements de séchages, machines de filtration spéciales, équipements de conditionnement, etc.). Cela constitue un des arguments sur la base desquels elle refuse d'élargir le marché de produits en cause défini sur le fondement de la substituabilité du côté de la demande.

1176. Seagate et Samsung sont les deux sociétés actives dans la fabrication de dispositifs de stockage informatique, et de composants électroniques haute technologie et les supports numériques. Dans leur opération *Seagate/HDD Business of Samsung*¹⁶⁸⁴ en 2011, elles ont également fait valoir qu'il existe un degré élevé de substitution du côté de l'offre. Afin de le prouver, elles ont effectué une analyse détaillée des coûts supplémentaires qu'un fabricant de lecteurs de disque dur subirait pour changer à en développer un nouveau type possédant une interface, une vitesse de rotation, un facteur de forme et une capacité différents¹⁶⁸⁵. Elles en concluent que les fournisseurs de lecteurs de disque dur sont capables de changer de production entre les différents types de lecteurs de disque dur sans investissements supplémentaires significatifs. Cette conclusion a cependant été rejetée par la Commission. Lors de son évaluation de la substitution du côté de l'offre entre les lecteurs de disque dur de facteur de forme 2,5" et 3,5", la Commission indique en premier lieu que les fabricants de lecteurs de disque dur ne convertissent pas régulièrement leurs lignes de production de la fabrication de lecteurs d'un facteur de forme donné vers la fabrication de lecteurs d'un autre facteur de forme, chaque facteur

¹⁶⁸¹ *Id.*, paras. 195, 206, 211, 224-226.

¹⁶⁸² Décision de la Commission du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, JOUE C 145 du 25 juin 2009.

¹⁶⁸³ *Id.*, paras. 34-35. V. également décisions de la Commission du 4 mars 2008, COMP/M.4898, *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*, JOUE C 170 du 5 juill. 2008, para. 21 ; du 2 sept. 2003, COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*, JOUE L 109 du 16 avril 2004, para. 64.

¹⁶⁸⁴ Décision de la Commission du 19 oct. 2011, COMP/M.6214, *Seagate Technology/The HDD Business of Samsung Electronics*, JOUE C 154 du 31 mai 2012.

¹⁶⁸⁵ *Id.*, paras. 145-148.

de forme faisant appel à une conception d'outillage spécifique dans le processus de fabrication¹⁶⁸⁶. En deuxième lieu, les coûts de conversion des lignes de production existantes s'élèveraient à plusieurs millions de dollars, ce qui représente un investissement important¹⁶⁸⁷.

1177. De même, la Commission conclut dans *HIG Capital/Petrochem Carless Holdings* que d'un point de vue de l'offre, les carburants de performance différents constituent des marchés de produits distincts, *inter alia*, parce qu'une augmentation de prix de 5% à 10% ne suffirait pas à justifier l'investissement considérable dans l'équipement, le changement de production d'un type de carburant à l'autre nécessitant un système de tuyauterie dédié et un investissement dans le stockage¹⁶⁸⁸.

1178. Dans d'autres décisions, il est montré que même si toutes les installations nécessaires sont déjà en place, la substitution de l'offre n'a pas été considérée si le passage au produit en cause est coûteux. Dans sa décision *Industri Kapital/(Nordkem)/DYNO*¹⁶⁸⁹, la Commission a rejeté l'argument des parties selon lequel les résines à base d'urée et de phénol-formaldéhyde se trouvaient sur le même marché. Alors qu'elle confirme l'information fournie par des parties selon laquelle les procédés de fabrication et les équipements sont très comparables pour les deux types de résines, la Commission a fait valoir que la réorientation de la production est une opération coûteuse si le fabricant ne produit qu'un type de résine à base de formaldéhyde¹⁶⁹⁰. Il ressort de son enquête que les réactions entre le formaldéhyde et le phénol dégagent une grande quantité de chaleur excédentaire, ce qui nécessite de disposer d'une plus grande zone de transmission thermique. En outre, les résines PF/P(R)F sont fabriquées dans des réacteurs de moindre capacité que les résines UF/(M)UF. S'y ajoute les considérations environnementales¹⁶⁹¹. Par conséquent, elle estime que le degré de substituabilité entre les deux types de résines est insuffisant pour justifier qu'ils se trouvent sur un même marché de produits¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁶ *Id.*, paras. 155-160 et 162.

¹⁶⁸⁷ *Id.*, para. 164.

¹⁶⁸⁸ Décision de la Commission du 26 mars 2013, COMP/M.6782, *Hig Capital/Petrochem Carless Holdings*, JOUE C 118 du 25 avril 2013, paras. 25-30.

¹⁶⁸⁹ Décision de la Commission du 12 juill. 2000, COMP/M.1813, *Industri Kapital (Nordkem)/DYNO*, JOCE L 154 du 9 juin 2001.

¹⁶⁹⁰ *Id.*, paras. 24-26.

¹⁶⁹¹ *Id.*, para. 26.

¹⁶⁹² *Id.*, para. 30.

1179. Dans *Renolit/Solvay*¹⁶⁹³, les parties avancent qu'il existe une forte substituabilité du côté de l'offre entre différents types de feuilles industrielles (emballées et non emballées), qui sont produites sur le même type de machines en utilisant le savoir-faire et les technologies facilement disponibles. Tout en reconnaissant que cette thèse correspondait à une certaine réalité, la production de tous les types de feuilles industrielles utilisant les mêmes méthodes technologiques de base, la Commission estime, contrairement à la conclusion des parties, que la substituabilité de l'offre n'est pas suffisante pour conclure que le marché de produit comprend tous types de feuilles industrielles synthétiques. Afin de soutenir sa conclusion, la Commission a fait valoir que les procédés étaient différenciés en fonctions des produits spécifiques à obtenir. Le passage d'un produit à un autre nécessiterait donc des modifications importantes et coûteuses de l'outillage des machines, l'adaptation des processus de production et l'acquisition d'un savoir-faire et de capacités spécifiques¹⁶⁹⁴.

1180. Dans *Norsk Hydro/Orkla*, la Commission souligne que bien que le procédé de fabrication des extrusions multivoies est similaire à celui des extrusions en alliages tendres, d'importants investissements sont nécessaires pour adapter l'équipement aux exigences de la norme de production des extrusions multivoies¹⁶⁹⁵. Sur cette base et d'autres, elle a défini un marché distinct pour les extrusions multivoies destinées à l'industrie automobile.

1181. Dans un petit nombre d'affaires, la Commission détermine un seul marché du côté de l'offre lorsqu'elle estime qu'il existe de preuves claires sur les coûts faibles du changement de production. Dans *Alcoa/Arkla/Soft Alloy Extrusion JV*¹⁶⁹⁶, elle a accepté l'argument des parties selon lequel la substituabilité du côté de l'offre joue effectivement un rôle important dans le secteur de l'extrusion en alliages tendres. En effet, la Commission a indiqué que dans toutes les catégories de produits d'extrusions en alliages tendres, il existait de nombreux fournisseurs dont les plus importants proposent une large gamme de produits extrudés de différentes tailles,

¹⁶⁹³ Décision de la Commission du 22 fév. 2006, COMP/M.3946, *Renolit/Solvay*.

¹⁶⁹⁴ *Id.*, paras. 9-14.

¹⁶⁹⁵ Décision de la Commission du 13 mai 2013, COMP/M.6756, *Norsk Hydro/Orkla*, JOUE C 212 du 26 juill. 2013, para. 37. V. également décisions de la Commission du 26 oct. 2007, COMP/M.4828, *Owens Corning/Saint Gobain Vetrotex*, JOUE C 28 du 11 déc. 2007, paras. 17-21 ; du 20 déc. 2006, COMP/M.4215, *Glatfelter/Crompton Assets*, JOUE L 151 du 13 juin 2007, paras. 35-53 ; du 13 juill. 2011, COMP/M.6101, *UPM/Myllykoski and Rhein Papier*, JOUE C 107 du 13 avril 2012, paras. 50-62.

¹⁶⁹⁶ Décision de la Commission du 19 avril 2007, COMP/M.4518, *Alcoa/Arkla/Soft Alloy Extrusion JV*, JOUE C 114 du 24 mai 2007.

caractéristiques et alliages pour différentes applications finales¹⁶⁹⁷. Par ailleurs, ils sont également en mesure d'effectuer divers traitements de surface (anodisation, découpe, revêtement, peinture, etc.) afin de répondre aux demandes des clients. Elle a ainsi confirmé que les fournisseurs d'extrusions en alliages tendres sont en mesure de passer la production d'une catégorie d'extrusion à l'autre sans coûts ou risques importants, le coût de passage étant en général entre 800 euros et 5000 euros. Elle en conclut qu'il existe une substituabilité suffisante du côté de l'offre pour soutenir sa définition d'un seul marché de produits pour les extrusions en alliages tendres de toutes tailles¹⁶⁹⁸.

1182. La Commission a également donné raison aux parties pour leur définition d'un marché de produits unique comprenant les technologies PACVD et PVD dans *Renova Industries/Sulzer*¹⁶⁹⁹, qui concerne le rachat de la société suisse Sulzer AG par Renova Industries Ltd., actives dans le secteur des revêtements à couche mince pour outils et composants en métal. En l'espèce, la Commission estime que le procédé de dépôt chimique en phase vapeur assisté par plasma (PACVD) et de dépôt physique en phase vapeur (PVD) est largement substituable du côté de l'offre. Elle soutient en effet que la plupart des fournisseurs de service actifs dans le domaine de la technologie PVD offrent également un revêtement PACVD, les deux technologies pouvant être combinées sur les mêmes machines dites hybrides et les machines qui ont été configurées à l'origine exclusivement pour le PVD pouvant être transformées en machines à double usage¹⁷⁰⁰.

1183. De même, la Commission a confirmé l'existence d'un degré élevé de substituabilité du côté de l'offre pour les différents types de papier décoratif, soutenue par les parties à l'opération dans *Munksjo/Arjowiggins (Decor and Abrasive Businesses)*¹⁷⁰¹. À l'exception du papier pré-imprégné pour lequel la substituabilité du côté de l'offre est moindre en raison d'un certain investissement nécessaire en machines, le passage entre les types HPL, LPL, PBP et papier bilan est une activité ordinaire qui n'entraîne pas de coûts particuliers¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁷ *Id.*, para. 15.

¹⁶⁹⁸ *Id.*, paras. 14-18.

¹⁶⁹⁹ Décision de la Commission du 17 juin 2009, COMP/M.5469, *Renova Industries/Sulzer*, JOUE C 173 du 25 juill. 2009.

¹⁷⁰⁰ *Id.*, para. 25.

¹⁷⁰¹ Décision de la Commission du 21 fév. 2011, COMP/M.5950, *Munksjo/Arjowiggins (Decor and Abrasive Businesses)*, JOUE C 96 du 29 mars 2011.

¹⁷⁰² *Id.*, paras. 24-27.

1184. Comme souligne dans sa communication sur la définition du marché en cause, la conclusion de la Commission à la suffisance de la substituabilité du côté de l'offre doit se fonder également sur le facteur du temps nécessaire pour le passage de la production.

B. Le temps d'adaptation

1185. La communication indique que le passage à la production du produit en cause doit se faire à court terme. Elle ne précise pourtant pas la durée concrète qui serait considérée comme à court terme. La pratique de la Commission montre que cela dépend de l'industrie en question.

1186. Dans *ABF/GBI Business*, la Commission estime qu'un délai de 6 à 12 mois pour passer de la production de la levure liquide à la levure comprimée est trop long pour que cette dernière soit considérée comme étant substituable à la première du côté de l'offre¹⁷⁰³.

1187. Dans la décision *Kronospan/Constantia*¹⁷⁰⁴, la Commission a pris en compte des capacités inutilisées disponibles des concurrents des parties concernées dans son évaluation de la substitution du côté de l'offre pour les panneaux de particules bruts. Elle considère que l'expansion de la capacité de production de ces produits nécessiterait un délai d'exécution important. La planification d'un nouveau site de production, l'acquisition du terrain, l'autorisation nécessaire et enfin, la livraison et installation d'une ligne de production de panneaux de particules bruts prennent généralement plus de deux ans. Or, la demande de panneaux de particules bruts devrait continuellement augmenter et ce jusqu'en 2015. S'appuyant sur cette base ainsi que sur d'autres, la Commission conclut à l'absence de la substitution de l'offre pour les panneaux de particules bruts¹⁷⁰⁵.

1188. Dans les industries de l'aéronautique et de l'aérospatial, une durée de trois à cinq ans est en général considérée comme trop longue pour que le passage de production d'un produit à un autre soit pris en compte dans la délimitation du marché de produits en cause. À titre d'exemple, la Commission a estimé dans *Boeing/Hughes* que la substituabilité du côté de l'offre est insuffisante entre des satellites ayant des orbites différentes, car il fallait de trois à cinq ans pour

¹⁷⁰³ Décision de la Commission du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, préc., para. 35.

¹⁷⁰⁴ Décision de la Commission du 19 sept. 2007, COMP/M.4525, *Kronospan/Constantia*, JOUE C 134 du 13 juin 2009.

¹⁷⁰⁵ *Id.*, paras. 61-63.

un fabricant pour développer la capacité technique nécessaire à la construction d'un satellite¹⁷⁰⁶. Dans une décision antérieure, *Aerospatial-Alenia/De Havilland*, elle a conclu que bien qu'il ait été possible pour les constructeurs d'avions de transport régional de quarante à cinquante-neuf sièges et vice versa d'utiliser les installations de production existantes, la conversion prendrait plus de trois à quatre ans. Ce délai a été jugé trop long pour conclure à l'existence d'une substitution suffisante entre les deux types d'avions du côté de l'offre¹⁷⁰⁷.

1189. Dans *SKF/SNFA*¹⁷⁰⁸ concernant la concentration des deux entreprises actives dans la fabrication des roulements antifriction, la Commission détermine qu'il existe des marchés de produits distincts du côté de l'offre pour les roulements à billes à contact oblique (ACBB) et les roulements à rouleaux cylindriques (CRB), utilisés dans l'industrie des machines-outils. Cette conclusion s'est fondée sur le fait que le processus de production des deux types de roulements implique différentes machines. Ainsi, un fabricant de CRB qui change de production pour se mettre à fabriquer l'ACBB devrait, outre un investissement considérable dans l'équipement, développer un savoir-faire spécifique. Cela peut prendre plusieurs années, ce qui est considéré comme étant trop long¹⁷⁰⁹.

1190. Il convient de souligner que les entreprises ne décident de passer à la production d'un produit voisin que si le passage leur est rentable. Alors, si le passage peut se faire dans un laps de temps et sans coûts considérables, cela n'est pas suffisant pour conclure à la substituabilité du côté de l'offre. Il faut encore qu'il soit commercialement attractif, autrement dit, l'entrée sur le marché concerné soit rentable.

§2. L'incitation commerciale

1191. Même si les installations nécessaires sont déjà en place et qu'une entreprise, qui n'est pas encore sur le marché, pourrait techniquement réorienter sa production vers le produit concerné, la substitution de l'offre n'est pas prise en considération si l'entreprise n'est pas incitée par les conditions du marché. C'est ce qu'il résulte de la décision *Alcoa/Reynold* concernant l'opération de concentration entre ces deux producteurs d'aluminium américains. En l'espèce, la Commission

¹⁷⁰⁶ Décision de la Commission du 27 sept. 2000, COMP/M.1879, *Boeing/Hughes*, JOCE L 63 du 28 fév. 2004, para. 22.

¹⁷⁰⁷ Décision de la Commission du 2 oct. 1991, IV/M.53, *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*, préc., para. 14.

¹⁷⁰⁸ Décision de la Commission du 2 juin 2006, COMP/M.4062, *SKF/SNFA*, JOUE C 156 du 5 juill. 2006.

¹⁷⁰⁹ *Id.*, para. 25.

a mis assez fortement l'accent sur le test de marché afin de vérifier les arguments des parties. Elle indique que les fondeurs qui produisent actuellement de l'aluminium de haute pureté autre que le P0404 ne se lanceraient pas dans la production de ce dernier dans l'éventualité d'une augmentation légère mais non négligeable et non transitoire de son prix car ils n'y seraient pas incités par les conditions du marché, et ce bien qu'ils aient la capacité technique de produire du P0404¹⁷¹⁰. Elle fait valoir encore que les coûts d'exploitation de la conversion seraient supérieurs aux recettes, corrigées pour obtenir le rendement effectif, même en cas d'augmentation importante du prix du P0404¹⁷¹¹. Ainsi, le passage à la fabrication de ce produit ne serait pas rentable. Sur cette base, la Commission conclut qu'il n'existe pas de substituabilité de l'offre entre l'aluminium de P0404 et d'autres aluminiums.

1192. En suivant cette logique, la Commission avance dans *ABF/GBI Business* précité qu'une simple augmentation de 5% à 10% du prix d'un produit particulier ne suffit pas à rendre un certain type de levure attractif au point de vue de justifier une diversification de la production¹⁷¹². Elle l'a soutenu en donnant l'exemple d'un producteur, qui a participé à son test de marché, selon lequel la diversification de l'offre de levure liquide au détriment des clients industriels et en faveur de la levure comprimée largement vendue par les distributeurs au segment artisanal et dont les ventes ne sont pas garanties peut impliquer un risque commercial que le producteur hésiterait à courir¹⁷¹³. Par ailleurs, les conditions spéciales et le coût élevé de transport de la levure liquide constituent également des facteurs de risque commercial qui réduisent l'incitation des entreprises à changer leur stratégie de production¹⁷¹⁴.

1193. Dans *Seagate/HDD Business of Samsung, Toshiba*, qui n'est active que dans le segment des lecteurs de disque dur 3,5" pour applications d'entreprises critiques, a été considéré comme étant l'entreprise la plus probable de réorienter sa production pour produire les lecteurs de disque dur 2,5" pour applications mobiles et/ou applications électroniques grand public. En se fondant sur le test de marché, la Commission a estimé tout d'abord que la présence actuelle de Toshiba dans le segment des lecteurs 3,5" pour applications d'entreprises critiques est négligeable et

¹⁷¹⁰ Décision de la Commission du 3 mai 2000, COMP/M.1693, *Alcoa/Reynolds*, JOCE L 58 du 28 fév. 2002, para. 94.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² Décision de la Commission du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, *op. cit.*, para. 37.

¹⁷¹³ *Ibid.*

¹⁷¹⁴ *Id.*, para. 38.

qu'elle serait encore moindre pour les lecteurs de disque dur 2,5" pour applications électroniques grand public et applications mobiles en raison d'un grand volume des ventes représenté par ces derniers dans le volume total des ventes de lecteurs de disque dur pour applications d'entreprises critiques en 2010. Cela signifie que même si Toshiba décidait de passer à la production des lecteurs 2,5" pour applications mobiles et/ou électroniques grand public, elle ne pourrait pas conquérir de manière immédiate et efficace une part de marché suffisante¹⁷¹⁵. En outre, ce passage nécessiterait un investissement massif dans des capacités de production supplémentaires. Sur ces bases, la Commission conclut que Toshiba ne serait pas incité économiquement à sacrifier l'ensemble de ses capacités de production de lecteurs 3,5" pour applications d'entreprises critiques pour fabriquer des lecteurs déjà produits en grands volumes¹⁷¹⁶.

1194. Outre ces trois critères principaux, dans certaines affaires, la Commission a tenu compte de différents critères relatifs aux aspects de l'organisation de l'offre et des entreprises en vue d'évaluer l'effet de la substituabilité de l'offre pour la délimitation du marché. Parmi ces critères figurent les conditions de distribution¹⁷¹⁷, le degré de spécialisation des entreprises¹⁷¹⁸, leurs politiques tarifaires¹⁷¹⁹ et les études de marché¹⁷²⁰ réalisées par elles-mêmes.

1195. Sur certains marchés, la substitution du côté de la demande est limitée, auquel cas la Commission délimite le marché de produits en se fondant sur la substitution du côté de l'offre. Dans *Iconex/Hansol Denmark/R+S Group* qui concerne la production et la fourniture de rouleaux convertis, la Commission a admis que la substituabilité du côté de la demande est limitée car les clients exigent des spécifications différentes en fonction de l'application finale et que les machines utilisées par un client ne peuvent pas traiter différents types de bobines converties en raison des exigences de taille¹⁷²¹. En revanche, tous les fournisseurs de rouleaux convertis peuvent produire et produisent effectivement tous les types de rouleaux convertis à la

¹⁷¹⁵ Décision de la Commission du 19 oct. 2011, COMP/M.6214, *Seagate Technology/The HDD Business of Samsung Electronics*, *op. cit.*, para. 165.

¹⁷¹⁶ *Id.* para. 167. V. également décision de la Commission du 17 oct. 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, *op. cit.*, para. 93.

¹⁷¹⁷ Décisions de la Commission du 8 fév. 1991, IV/M.009, *Fiat Geotech/Ford New Holland*, JOCE L 18 du 3 mai 1991, paras. 11-37 ; du 21 jan. 1992, IV/M.182, *Inchape/IEP*, JOCE C 21 du 28 jan. 1992, paras. 8-10 ; du 20 nov. 1997, IV/M.1031, *Jardine/Appleyard*, JOCE C 116 du 16 avril 1998, para. 8.

¹⁷¹⁸ Décisions de la Commission du 28 sept. 1992, IV/M.256, *Linde AG/Fiat Om Carrelli Elevatori*, JOCE C 258 du 7 oct. 1992 ; du 26 mai 1992, IV/M.221, *ABB/Brel*, JOCE C 142 du 4 juin 1992.

¹⁷¹⁹ Décision de la Commission du 22 juill. 1992, IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, préc.

¹⁷²⁰ Décision de la Commission du 15 jan. 1998, IV/M.1071, *Spar/Pro*, JOCE C 49 du 14 fév. 1998 ; du 6 fév. 1998, IV/M.1085, *Promodes/Catteau*, JOCE C 65 du 28 fév. 1998.

¹⁷²¹ Décision de la Commission du 13 mai 2019, COMP/M.9293, *Iconex/Hansol Denmark/R+S Group*, para. 22.

demande de leurs clients¹⁷²². Par ailleurs, le passage d'un type de rouleau à un autre ne prend que trente minutes à quelques heures et n'entraîne pas de coûts élevés. En s'appuyant sur cette base, la Commission considère qu'il existe un marché global pour la production et la fourniture de rouleaux convertis¹⁷²³.

1196. De même, elle a noté dans *Metlife/Alico/Delam* qu'il n'existe pas de substitution du point de vue de la demande entre les types de risques assurés par l'assurance vie et non-vie mais les considérations liées à l'offre peuvent conduire à l'élargissement des marchés de produits en ce qui concerne certains types de risques¹⁷²⁴.

1197. Dans *Candover/Cinven/Berstelsmann-Springer* concernant le marché de l'édition, la Commission a reconnu que les éditions universitaires et professionnelles étaient difficilement considérées comme substituables par les utilisateurs finals, les lecteurs, en raison des différences de couverture, d'exhaustivité et de contenu fourni¹⁷²⁵. Par conséquent, une approche stricte de la demande conduirait à la définition d'une multitude de marchés en cause aux frontières imprécises et aux dimensions réduites¹⁷²⁶. Cela ne permettrait pas d'apprécier correctement les relations concurrentielles entre les différents éditeurs et ainsi l'incidence de la concentration notifiée sur la concurrence. En estimant cependant que les principaux éléments nécessaires au lancement d'une édition destinée aux utilisateurs professionnels sont l'expertise dans un domaine donné, une réputation et une image établies d'exactitude, de fiabilité et d'exhaustivité dans les informations fournies, la connaissance de la clientèle et l'accès à la distribution, la Commission a délimité le marché de produits en cause sur la base de la substituabilité du côté de l'offre¹⁷²⁷.

1198. Conclusion de la section 1. Les exemples qui viennent d'être analysés illustrent bien le rôle de la substituabilité du côté de l'offre dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne. Lors de sa délimitation du marché de produits en cause, la Commission n'a considéré la substitution de l'offre que dans des cas exceptionnels. Lorsqu'une analyse fondée exclusivement sur la demande conduirait à définir un grand nombre de marchés trop étroits, dans

¹⁷²² *Id.*, paras. 23-24.

¹⁷²³ *Id.*, para. 25.

¹⁷²⁴ Décision de la Commission du 24 août 2010, COMP/M.5925, *Metlife/Alico/Delam*, JOUE C 256 du 23 sept. 2010, para. 10.

¹⁷²⁵ Décision de la Commission du 29 juill. 2003, COMP/M.3197, *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*, JOUE C 207 du 3 sept. 2003, para. 13.

¹⁷²⁶ *Ibid.*

¹⁷²⁷ *Id.*, para. 14.

lesquels le volume et les parts de marché ne pourraient être correctement mesurés et perdraient leur sens, la Commission a tendance à inclure dans le marché pertinent les produits qui sont des substituts tant du point de vue de l'offre que de la demande. En revanche, si le marché de produits peut être défini exclusivement par référence à la substituabilité du côté de la demande et l'exclusion de la substituabilité de l'offre fait une différence dans les positions de marché, la Commission tend généralement à exclure cette dernière¹⁷²⁸. Les preuves de la substituabilité de l'offre sont déterminées sur la base des coûts et du temps nécessaires pour passer de la production d'un produit au produit concerné ainsi que de la rentabilité d'un tel passage pour les entreprises. Bien qu'elles soient appliquées de manière très stricte dans la pratique, il n'est pas clair de savoir quand les effets de la substituabilité de l'offre sont considérés comme étant équivalents à ceux de la substitution de la demande.

1199. Transition. Peu importe la subtilité des arguments de la Commission, il est nécessaire que la substituabilité du côté de l'offre soit prise en compte de manière systématique dans la délimitation du marché pertinent.

Section 2. La nécessité d'une prise en considération systématique de la substitution de l'offre

1200. LANDES et POSNER sont les deux premiers auteurs qui ont préconisé la prise en compte de la substituabilité du côté de l'offre pour délimiter le marché pertinent¹⁷²⁹. Cette approche a été partagée par plusieurs économistes et juristes¹⁷³⁰. Selon Irston BARNES, « *un marché n'est pas décrit de façon adéquate aux fins de l'analyse des effets d'une fusion tant que les principales*

¹⁷²⁸ Décision de la Commission du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, op. cit., para. 40 : « même si un certain degré de substituabilité entre les différentes formes de levure a été observé du côté de l'offre, l'on considère, en définitive, que le caractère fortement limité de la substituabilité du côté de la demande justifie des marchés de produits distincts pour la levure sèche, la levure comprimée et la levure liquide ».

¹⁷²⁹ R. A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, 1976, p. 132 ; M. LANDES & R. A. POSNER, « Market Power in Antitrust Cases », *Harvard Law Review*, préc.

¹⁷³⁰ J. S. VENIT, « Evaluation of Concentrations under the Merger Control Regulation: The Nature of the Beast », *Fordham International Law Journal*, vol. 14, 1990, p. 412-454 ; J. A. ORDOVER & R. D. WILLIG, « The 1982 Department of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment », *California Law Review*, vol. 71, 1983, p. 535-574 ; L. J. WHITE, « Antitrust and Merger Policy: A Review and Critique », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, n° 2, 1987, p. 13-22 ; D. S. EVANS & M. D. NOEL, « The Analysis of Mergers that Involve Multi-Side Platform Businesses », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 3, 2008, p. 663-695 ; R. B. HESSE & J. H. SOVEN, « Defining Relevant Product Markets in Electronic Payment Network Antitrust Cases », *Antitrust Law Journal*, vol. 73, n° 3, 2006, p. 709-738 ; F. J. SÄCKER, *The Concept of the Relevant Product Market: Between Demand-side Substitutability and Supply-side Substitutability in Competition Law*, Peter Lang, 2008 ; P. DIDIER & Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 641, p. 531.

*entreprises du côté de l'offre et de la demande du marché ne sont pas identifiées et leur position par rapport à la concurrence dans le marché déterminée*¹⁷³¹ ». Morris ADELMAN estime que quelle que soit la façon dont les frontières du marché sont tracées, en dimension de produits ou géographique, si les fournisseurs entrent dans le marché où les prix sont sensiblement élevés et le volume réduit, le marché en cause doit être élargi¹⁷³². Ces énoncés soulignent la nécessité de la prise en compte de la substitution de l'offre dans la délimitation du marché, ce que la Commission ne fait que rarement. En réalité, même si les consommateurs n'étaient pas en mesure de réagir immédiatement à une hausse des prix, les producteurs pourraient le faire assez rapidement. L'analyse de la seule substitution de la demande pourrait, d'une part, produire des résultats déraisonnables et, d'autre part, va à l'encontre des principes établis de la théorie économique (§1). Il nous apparaît donc qu'une bonne approche doit comporter une analyse de la substituabilité du côté de l'offre en parallèle de celle du côté de la demande (§2).

§1. Le déficit du concept de substituabilité de la demande

1201. Si l'on met fortement l'accent sur la substituabilité du côté de la demande, cela peut amener à délimiter des marchés trop étroits. La délimitation du marché pertinent fondée uniquement sur la substitution de la demande s'est avérée de moins en moins suffisante pour couvrir la pratique de délimitation du marché tant au niveau tant européen que national¹⁷³³. En effet, la substituabilité du côté de la demande, évaluée sur la base exclusive des réactions des consommateurs n'est pas en mesure de saisir adéquatement les développements dynamiques de la plupart des marchés. Il existe un grand nombre de cas où une analyse stricte de la demande conduirait à des résultats déraisonnables. L'exemple évident est le marché de la mode féminin et masculin. Il est clair que pour les consommateurs, le costume de taille 40 n'est pas substituable de celui de taille 44. Pareillement, les chaussures de taille 45 ne sont pas substituables à ceux de taille 39. Ainsi, la seule substitution de la demande conduirait à délimiter des marchés distincts pour les costumes de taille 40 et de taille 44, ou bien pour les chaussures de taille 39 et de taille

¹⁷³¹ I. R. BARNES, « Markets, Competition, and Monopolistic Tendencies in Merger Cases: An Economic Problem in a Legal Setting », *Marquette Law Review*, vol. 40, issue 2, 1956, p. 141-166, spéc. p. 144 (nous traduisons). Irston BARNES a été le premier économiste dans un organisme gouvernemental chargé de l'application de la loi qui s'est engagé à une discussion substantielle sur la délimitation du marché.

¹⁷³² M. A. ADELMAN, « Economic Aspects of the Bethlehem Opinion », *Virginia Law Review*, vol. 45, n° 5, 1959, p. 684-696, spéc. p. 688.

¹⁷³³ Rapport du *Bundeskartellamt*, disponible sur le site www.bundeskartellamt.de/Auslegungsgrundsatz.pdf (consulté le 10 novembre 2018).

45. Un autre exemple concerne le marché du meuble. Un consommateur, qui a besoin d'une table, ne se tourne pas vers les chaises si le prix de la table augmente. Si l'on délimite le marché uniquement en fonction de la substitution de la demande, les tables et les chaises doivent constituer des marchés de produits distincts. Or, il est souvent avancé que dans de tels cas, la prise en compte de la substitution de l'offre devrait naturellement conduire à définir un marché unique et plus large. Pourquoi ? Parce que ce n'est qu'en intégrant la substitution de l'offre dans la délimitation du marché que les autorités pourront éviter de traiter un trop grand nombre de marchés très fragmentés, qui ne parviennent, en aucun cas, à rétablir la véritable condition de la concurrence¹⁷³⁴. Par conséquent, les produits de tailles différentes devraient être regroupés pour constituer un marché plus large, non pas parce que les consommateurs les considèrent comme étant substituables mais parce que cela permet d'éviter les marchés atomisés.

1202. Selon KATE & NIELS, un marché de produit en cause délimité uniquement sur la demande n'est pas vraiment un marché, mais plutôt une sphère d'influence concurrentielle¹⁷³⁵. Il se peut qu'il n'y ait pas de symétrie ni de transitivité et, enfin, qu'il y ait un manque de robustesse, car la composition des marchés dépend des propriétés locales (caractéristiques, usage, prix)¹⁷³⁶.

1203. Enfin, il convient de souligner que dans les affaires où la Commission a procédé à l'analyse de la substituabilité de l'offre, si celle-ci est considérée comme étant insuffisante pour élargir le marché en cause, la Commission ne leur a attribué aucun rôle dans le calcul des parts de marché. Alors que celles-ci demeurent le premier indice qu'examine la Commission pour évaluer le pouvoir de marché.

1204. La prise en compte de la substituabilité de l'offre permet de maintenir la notion de marché pertinent étroitement liée à la question de l'appréciation du pouvoir de marché, qui est en fin de compte l'objectif principal de la délimitation du marché pertinent.

§2. La nécessité de l'analyse de la substituabilité de l'offre et les méthodes d'analyse

1205. S'il nous paraît que les raisons pour lesquelles la substitution du côté de l'offre doit être incluse dans la délimitation du marché sont simples (A), il convient toutefois d'admettre que

¹⁷³⁴ A. J. PADILLA, « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market in Merger Control », préc., p. 20-21.

¹⁷³⁵ A. T. KATE & G. NIELS, « The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 5, n° 2, p. 297-333, spéc. p. 329.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre n'est pas une tâche aisée. La question clé qui se pose est de savoir comment définir précisément quand les pressions concurrentielles du côté de l'offre devraient conduire à un élargissement du marché en cause. Cela revient à déterminer la base sur laquelle la substituabilité doit être appréciée (B).

A. La nécessité de l'analyse de la substituabilité de l'offre

1206. Les raisons pour lesquelles la substitution du côté de l'offre doit être incluse dans la délimitation du marché pertinent sont simples : la production supplémentaire mise sur le marché à court terme aurait un effet disciplinaire sur le comportement concurrentiel d'entreprises similaires, du fait du risque de perdre des clients et donc des bénéfices si les clients décideraient d'utiliser les substituts de l'offre. Par conséquent, les entreprises se trouvent dans l'obligation d'offrir leurs produits ou services à des conditions concurrentielles afin de ne pas perdre de ventes, que ce soit parce que les consommateurs utilisent des produits de substitution ou parce que d'autres entreprises peuvent commencer à vendre les mêmes produits, augmentant ainsi l'offre sur le marché.

1207. Le marché est, pour rappel, le lieu où se confrontent l'offre et la demande¹⁷³⁷. De notre point de vue, le marché en cause doit être appréhendé en termes d'analyse tant du côté de la demande que de celui de l'offre. En effet, dans la mesure où la Commission et les juges européens s'appuient en premier lieu sur la part de marché, celle-ci n'est pas instructive pour l'analyse du pouvoir de marché si la substitution du côté de l'offre n'est pas prise en compte dans la délimitation du marché en cause. L'exclusion de la substitution de l'offre à ce stade peut conduire à des parts de marché plus élevées, ce qui surévaluera le degré de pouvoir de marché détenu par les entreprises. La prise en considération de la substitution de l'offre est particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'identifier les concurrents dans les cas où des seuils en termes de part de marché sont appliqués, de manière explicite ou non. Il s'agit ici des cas des affaires de concentration lorsque l'ouverture de la Phase II est envisagée¹⁷³⁸, et des pratiques qui sont interdites en fonction du critère de part de marché exclusivement¹⁷³⁹.

¹⁷³⁷ V. *supra*, n° 2 et s.

¹⁷³⁸ V. *supra*, n° 75 et s.

¹⁷³⁹ En ce sens, v. NERA, « EC Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or per se Policy ? », *NERA Competition Brief*, n° 13, 2000.

1208. Reprenons l'exemple de BISHOP & WALKER¹⁷⁴⁰ concernant la peinture antisalissure. Les propriétaires de bateaux qui sont gardés dans l'eau de mer doivent peindre la coque du bateau avec une peinture antisalissure pour empêcher les balanes de coller au bateau. Supposons qu'il n'existe qu'un seul fabricant de peinture antisalissure, mais qu'il existe aussi de nombreux grands fabricants de peinture ordinaire, qui peuvent facilement commencer à fabriquer de la peinture antisalissure en ajoutant un composé de cuivre facilement disponible à leur peinture. Si le marché en cause était défini uniquement en fonction de la substitution de la demande, le marché pertinent serait celui de la peinture antisalissure et le seul fournisseur de ce produit détiendrait 100% du marché. Sur cette base, on pourrait conclure que même une part de marché de 100% ne serait pas suffisante pour exercer un pouvoir de marché. En revanche, en tenant compte de la substitution du côté de l'offre dans la délimitation du marché, on pourrait conclure que le marché en cause comprend à la fois les fabricants de peintures antisalissure et ceux de peintures ordinaires. En l'espèce, le fabricant de peinture antisalissure ne détient qu'une très faible part du marché, ce qui indique l'absence de pouvoir de marché.

1209. Dans certains secteurs, l'analyse de la substituabilité de l'offre est extrêmement utile. À titre d'exemple, dans le secteur de l'édition, la délimitation du marché fondée uniquement sur la substitution du côté de la demande conduirait à de nombreux marchés fragmentés car d'un point de vue de la demande, peu d'éditions peuvent être considérées comme substituables. Une telle délimitation du marché ne parviendrait pas à saisir les conditions de la concurrence dans le secteur. La Commission européenne a eu l'occasion d'examiner la situation dans sa pratique décisionnelle. Dans *Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer*¹⁷⁴¹, elle a déclaré que les marchés de produits en cause dans ces secteurs ne peuvent être définis en examinant la substituabilité du côté de la demande : « *Du point de vue de la demande, il est rare que deux éditions différentes soient considérées comme des substituts parfaits. Il existe généralement des différences dans la couverture, l'exhaustivité et le contenu de deux publications différentes. D'un point de vue de l'interchangeabilité fonctionnelle, deux éditions différentes pourraient difficilement être considérées comme substituables par les utilisateurs finaux, les lecteurs. Ceci s'applique aux publications appartenant à différents domaines de l'édition professionnelle et*

¹⁷⁴⁰ S. BISHOP & M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, préc., n° 4-014, p. 121.

¹⁷⁴¹ Décision de la Commission du 15 fév. 1999, COMP/M.1377, *Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer*, JOCE C 122 du 4 mai 1999.

s'adressant à différents groupes de clients ainsi qu'à des catégories professionnelles. Par conséquent, les consommateurs substitueront rarement une publication à une autre en réaction à leurs prix relatifs. Dans ce cas, une approche fondée sur une demande stricte conduirait à la délimitation d'une multitude de marchés en cause aux frontières imprécises et aux dimensions réduites. Cela ne permettrait pas d'apprécier correctement les relations concurrentielles entre les différents éditeurs et l'incidence de la concentration notifiée sur la concurrence¹⁷⁴² ».

1210. Dans certains autres secteurs, à savoir celui de conseil et de services professionnels, la prise en compte de la substitution de l'offre est très importante. En effet, les entreprises actives dans ce domaine définissent leurs activités en fonction des compétences de leurs employés et non d'un ensemble de produits prédéfinis. Il s'agit d'entreprises qui s'organisent avec souplesse en intégrant les différentes compétences de la main d'œuvre pour répondre aux besoins sur mesure des clients¹⁷⁴³.

1211. Par ailleurs, la substitution de l'offre peut être un déterminant important de l'élasticité de la demande d'un produit, les consommateurs ayant davantage de choix vers lesquels ils peuvent se tourner en cas d'augmentation du prix d'un produit.

1212. Enfin, même s'il n'existe pas de substitution du côté de la demande, il peut exister la substitution du côté de l'offre sur laquelle peut être fondée la délimitation du marché. À cet égard, dans la concentration *Dupont/ICI (II)*¹⁷⁴⁴ de 1997, concernant le dioxyde de titane (TiO₂), l'analyse de la Commission a montré que différentes qualités de TiO₂ n'étaient pas considérées comme substituables par les clients. Le marché de produits unique a été toutefois défini pour toutes les qualités de TiO₂ sur la base d'une analyse de la substitution du côté de l'offre, étant donné, *inter alia*, qu'il était facile de passer la production d'une qualité à une autre¹⁷⁴⁵. De même, dans *Steetley/Tarmac*¹⁷⁴⁶, malgré les faibles possibilités de substitution des différentes sortes de briques du point de vue de l'utilisateur final, la Commission a estimé qu'il n'y avait pas

¹⁷⁴² *Id.*, paras. 9-12.

¹⁷⁴³ A. J. PADILLA, « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market in Merger Control », préc., p. 24.

¹⁷⁴⁴ Décision de la Commission du 2 oct. 1997, IV/M.984, *Dupont/ICI*.

¹⁷⁴⁵ *Id.*, paras. 40-41.

¹⁷⁴⁶ Décision de la Commission du 12 fév. 1992, IV/M.180, *Tarmac/Steetley*, JOCE C 50 du 25 fév. 1992.

lieu de distinguer des marchés séparés, parce qu'un changement de production n'entraînerait pas de coûts techniques et commerciaux significatifs pour les entreprises¹⁷⁴⁷.

1213. En tout état de cause, la substituabilité de l'offre est la contrepartie de la production de la disponibilité de substituts de la demande. Il nous semble ainsi qu'elle doit être prise en compte d'une manière plus systématique dans la délimitation du marché pertinent. À défaut de le faire, la Commission ne tient compte que d'un seul déterminant du prix et de la quantité du marché tout en ignorant l'autre alors que les deux sont pertinents¹⁷⁴⁸.

1214. Le rôle de l'analyse de la substituabilité de l'offre étant éclairé, il convient maintenant s'interroger la question de savoir quand les pressions concurrentielles du côté de l'offre devraient conduire à un élargissement du marché en cause.

B. Les critères et méthodes d'analyse de la substituabilité de l'offre

1215. La véritable difficulté de la prise en compte de la substituabilité de l'offre consiste dans le fait de savoir comment on peut définir précisément quand le marché pertinent doit être élargi sur la base de la substitution du côté de l'offre. La réponse à cette question nécessite d'établir des critères précis sur lesquels la substitution de l'offre est évaluée (1). Une autre question qui se pose est de savoir si ces critères sont également applicables à l'évaluation de la substitution de l'offre sur les marchés dynamiques et innovants (2).

1. Les critères et méthodes d'analyse

1216. La Commission européenne a défini certains critères destinés à l'évaluation de la substituabilité du côté de l'offre. Toutefois, comme nous l'avons montré, il n'est pas clair comment elle interprète le moment où les effets de substitution du côté de l'offre peuvent être assimilés à ceux de la substitution du côté de la demande. En outre, l'analyse de la Commission porte dans la plupart des cas sur la faisabilité technologique en accordant une attention très limitée aux incitations économiques.

¹⁷⁴⁷ XXII^{ème} rapport sur la politique de concurrence de 1992, p. 144.

¹⁷⁴⁸ Aux États-Unis, pour certains tribunaux, les juges reconnaissent la nécessité de la prise en compte de la substituabilité de l'offre lors de la délimitation du marché, voir par exemple *Equifax Inc. v. FTC*, 618 F.2d 63, 66 (9th Circuit, 1980).

1217. Le test du monopoleur hypothétique, qui est la méthode de base de l'analyse de la substituabilité de la demande, peut constituer le point de départ de celle de la substituabilité de l'offre. La question qui se pose est alors de savoir si les entreprises, qui ne sont pas actuellement présentes sur le marché, commenceraient à produire et à vendre le produit en cause en réponse à une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix relatifs. D'une manière logique, si le monopoleur hypothétique peut imposer une SSNIP, le marché comprend l'ensemble des produits qui imposent les contraintes concurrentielles les plus immédiates sur le comportement du monopoleur. Les origines de ces contraintes concurrentielles sont, *inter alia*, la substitution de la demande et de l'offre.

1218. La mise en œuvre du TMH pour l'évaluation de la substituabilité de l'offre suit généralement les mêmes principes que pour celle de la demande. S'y ajoute le test dit « *near universal substitutability*¹⁷⁴⁹ » (NUS), proposé par PADILLA, qui peut être utilisé en complément du TMH. Le test NUS consiste à déterminer dans un premier temps si deux produits sont des substituts du côté de l'offre, et en second temps si la substituabilité du côté de l'offre est quasi-universelle, c. à d. si la substitution de la production au sein d'un groupe de produits est jugée technologiquement réalisable et économiquement viable pour la plupart des entreprises qui commercialisent un ou plusieurs de ces produits.

1219. En ce qui concerne la détermination de la substitution de l'offre, deux produits sont des substituts du côté de l'offre si quatre conditions sont réunies. Premièrement, le fournisseur de l'un des produits possède déjà tous les actifs importants nécessaires à la production de l'autre produit dans un laps de temps. Cela s'applique non seulement aux actifs de production, mais aussi à ceux de commercialisation et de distribution. À cet égard, il est nécessaire d'évaluer (i) si les fabricants de substituts du côté de l'offre possèdent la technologie, le savoir-faire, les machines et les installations nécessaires, (ii) s'ils ont accès aux infrastructures de transport et aux canaux de distribution appropriés, et (iii) s'ils possèdent les actifs de commercialisation pertinents, tels que la marque et/ou la capacité de développer ces actifs dans un délai raisonnable¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁹ A. J. PADILLA, « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market in Merger Control », préc., p. 21.

¹⁷⁵⁰ *Id.*, p. 21-22.

1220. Deuxièmement, le redéploiement de ces actifs n'implique aucun investissement supplémentaire, en particulier aucun coût irrécupérable. Si le fournisseur manque des actifs nécessaires, il faut alors examiner s'ils peuvent être acquis, sans qu'il soit nécessaire de procéder à de nouveaux investissements importants et irréversibles, en achetant des actifs qui n'impliquent aucun coût irrécupérable ou en contractant avec des tiers¹⁷⁵¹.

1221. Troisièmement, le changement de la production doit être rentable de façon que les fournisseurs soient incités à mobiliser leur capacité inutilisée pour pénétrer au marché en cause. À ce point, il est nécessaire de répondre aux questions de savoir (i) si les fournisseurs ont les incitations économiques à s'engager dans la production des biens concernés, (ii) s'ils sont en mesure de passer à la production du produit en cause, et (iii) s'ils possèdent une capacité de production inutilisée qui peut être mise en production à un coût raisonnable¹⁷⁵².

1222. Quatrièmement, la substitution du côté de l'offre ne constitue une pression concurrentielle effective que si les consommateurs considèrent le produit offert par les fournisseurs comme étant un substitut valable aux produits concernés. Cette condition peut être examinée en évaluant si l'existence de substituts de l'offre influence le comportement des entreprises dominantes sur le marché, en d'autres termes, si une partie de la vente de ces dernières est reportée vers les fournisseurs de substituts¹⁷⁵³.

1223. Si toutes ces conditions sont satisfaites, l'étape suivante est d'examiner si la réponse du côté de l'offre est quasi-universelle, c. à. d. si elle implique la plupart des fournisseurs de substituts. Cela peut nécessiter d'examiner (i) si la plupart des producteurs fabriquent déjà toute la gamme de produits, (ii) si la plupart des gammes de produits existantes pourraient être facilement adaptées de manière à produire les produits concernés, (iii) si la plupart des producteurs disposent de capacités inutilisées suffisantes ou s'ils pourraient détourner suffisamment de production de leurs produits actuels pour réagir efficacement à une augmentation des prix des produits concernés, et (iv) si la plupart des producteurs détiennent ou sont susceptible de détenir des positions similaires sur le marché des différents produits qui constituent le marché en cause élargi¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*

¹⁷⁵² *Id.*, p. 22-23.

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ *Id.*, p. 23-24.

1224. Lorsque les conditions sont satisfaites et que la substitution du côté de l'offre est jugée quasi-universelle, celle-ci constitue une contrainte concurrentielle effective sur le comportement du monopoleur hypothétique, et devrait ainsi conduire à l'élargissement du marché pertinent.

1225. Il convient de souligner toutefois que la substitution du côté de l'offre peut imposer une contrainte effective sur les produits concernés, même dans les cas où elle n'est pas quasi-universelle. Si un nombre significatif d'entreprises entrent sur un marché en cause en réaction à une hausse des prix, toutes les autres conditions satisfaites, les pressions concurrentielles que ces entreprises exercent sur le monopoleur hypothétique devraient être prises en compte lors de la délimitation du marché.

1226. Conclusion du 1. Les développements qui précèdent montrent que la substituabilité du côté de l'offre peut être évaluée à l'aide des tests TMH et NUS. Alors que l'application du TMH suit les mêmes principes que pour l'évaluation de la substituabilité du côté de la demande, le NUS permet de définir les critères sur la base desquels sont apportés les éléments de réponse à la question cruciale de savoir quand le marché doit être élargi sur la base de la substitution de l'offre. Le principe du NUS consiste dans l'universalité des entreprises capables de passer la production d'un produit à un autre. Cela dit, la substitution de l'offre doit être prise en compte dans la délimitation du marché lorsque la substitution de la production au sein d'un groupe de produits est jugée technologiquement réalisable et économiquement viable pour la plupart des entreprises qui produisent un ou plusieurs de ces produits, et qu'elle a une influence sur le comportement du monopoleur hypothétique.

1227. Transition. Si ces tests ont été conçus pour l'appréciation de la substituabilité de l'offre dans les marchés dits traditionnels, on peut s'interroger sur le fait de savoir s'ils sont aussi applicables pour cette appréciation dans les marchés dynamiques et innovants où la concurrence se fait par la performance du produit, ou bien une autre méthode devrait être élaborée.

2. Les marchés dynamiques et innovants

1228. Il convient tout d'abord de souligner que la prise en compte de la substituabilité du côté de l'offre au stade de la délimitation du marché pertinent est particulièrement importante dans les industries dynamiques et innovantes. Dans ces industries, la concurrence se faisant par la performance du produit, le comportement des entreprises présentes sur le marché n'est

généralement pas limité par les substituts de la demande facilement disponibles, mais des nouveaux produits de qualité supérieure dont le moment de leur lancement est toutefois incertain. Ensuite, la distinction entre la substitution de l'offre et la concurrence potentielle ne serait pas nécessaire car c'est non seulement l'entrée immédiate qui tempère le comportement des entreprises dans les industries de haute technologie, mais aussi la menace de la prochaine génération de produits et services qui préoccupent les entreprises sur place¹⁷⁵⁵.

1229. Selon PADILLA, les caractéristiques particulières des marchés dynamiques et innovants ne justifient pas la nécessité de la modification des critères appliqués à l'évaluation de la substitution de l'offre dans les marchés traditionnels, à savoir le critère de substituabilité quasi universelle¹⁷⁵⁶. Ainsi, deux produits qui ne sont pas considérés comme substituables par les consommateurs devraient être considérés comme faisant partie du même marché en cause lorsqu'ils sont des substituts quasi universels du point de vue de l'offre.

1230. Conclusion du chapitre. Au terme de ces développements, deux conclusions peuvent être tirées. La première consiste au fait que la pratique de la Commission dans l'appréciation de la substituabilité de l'offre lors de la délimitation du marché pertinent semble contradictoire et ne repose pas clairement sur sa même communication sur la définition du marché en cause de 1997. En effet, nous avons vu que dans la plupart de ses décisions, la Commission semble accorder une grande importance au critère de la technologie alors que les incitations économiques sont moins étudiées. La seconde conclusion porte sur la nécessité d'une prise en considération systématique de l'analyse de la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché. Nous avons montré que bien que cette analyse soit plus prospective et dynamique que celle du côté de la demande, qui privilégie une observation à la fois rétrospective et actuelle de la substituabilité, la plupart des difficultés auxquelles elle est confrontée lors de ces analyses sont semblables. Par ailleurs, les difficultés soulevées lors de l'analyse de la substituabilité de l'offre ne sont pas insurmontables. L'analyse de la substituabilité de l'offre dans la délimitation du marché est particulièrement importante dans les industries dynamiques et innovantes. Une délimitation du marché pertinent n'est objective que lorsque les contraintes concurrentielles de la demande et de l'offre sont prises en compte sur pied d'égalité.

¹⁷⁵⁵ C. PLEATSIKAS & D. TEECE, « The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, p. 665-693, spéc. p. 672.

¹⁷⁵⁶ J. PADILLA, « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market in Merger Control », *op. cit.*, p. 77.

1231. Conclusion du Titre II. En pratique, il est difficile de généraliser sur l'approche de la Commission en matière de définition du marché pertinent, notamment parce que la Commission n'a pas toujours été cohérente dans son cadre méthodologique et son approche analytique. L'examen de sa pratique décisionnelle révèle néanmoins une forte tendance à définir les marchés de produits de manière étroite, bien qu'elle soit généralement prête à tenir compte de la concurrence des produits ou services vendus sur les marchés voisins, qui agissent comme une pression concurrentielle. En ce qui concerne l'analyse de la substituabilité de la demande, les analyses menées ont révélé, d'une part, que la Commission s'appuie largement sur les preuves quantitatives pour fonder ses conclusions de l'étendue du marché, bien que son point de départ consiste en examen des preuves qualitatives. D'autre part, l'utilisation du TMH pour délimiter le marché de produits en cause dans les secteurs dynamiques et innovants ne permet pas de cerner correctement les limites des marchés. Dans ces secteurs, une méthode de délimitation du marché axée sur l'analyse quantitative de la performance du produit, à savoir le SSNDQ, serait souhaitable. En ce qui concerne l'analyse de la substituabilité de l'offre, une prise en considération systématique de cette analyse au stade de la délimitation du marché est nécessaire car sans cela, la délimitation du marché pertinent ne remplit pas sa fonction instrumentale qui est d'interpréter la réalité économique dans le domaine juridique. Tout dépend de la volonté de la part de la Commission.

1232. Conclusion de la seconde partie. Dans le premier titre de cette partie, nous avons cerné la notion de substituabilité et ses méthodes d'analyse. La substituabilité est une notion fondée sur la théorie économique et introduite en droit de la concurrence comme étant le critère sur la base duquel le marché pertinent est délimité. Malgré l'absence d'une définition de base, elle est devenue un usage courant dans le droit de la concurrence. L'analyse de la substituabilité a recours à un faisceau de critères et à de multiples méthodes de mise en œuvre qui sont tant qualitatives que quantitatives.

1233. Dans le second titre de cette partie, nous avons examiné l'application des méthodes d'analyse de la substituabilité dans les affaires concrètes. Les développements menés ont permis de mettre en lumière les deux principes d'analyse de la substituabilité, à savoir la substituabilité du côté de la demande et celle du côté de l'offre. L'analyse des décisions de la Commission a montré, d'une part, que le concept de substitution de la demande apparaît de plus en plus comme

étant le « talon d'Achille », et d'autre part, les méthodes économiques sont utilisées de manière de plus en plus accrue.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1234. Il est temps de regrouper les éléments de démonstration de la délimitation du marché pertinent comme instrument du droit de la concurrence. Notre étude nous a permis de mettre en évidence la portée de la délimitation du marché pertinent à la lumière des droits européen et vietnamien de la concurrence.

1235. La notion de marché pertinent a été introduite dans le droit de la concurrence afin d'aider les autorités à évaluer des problèmes de concurrence, et ainsi à faire appliquer le droit de la concurrence. Le rôle et la fonction du marché pertinent varie selon les pays. En droit européen, la délimitation du marché pertinent est requise en soi et ancrée intrinsèquement dans l'analyse de la concurrence. Pour parvenir à cette conclusion, nous avons tout d'abord cerné son rôle dans l'analyse des infractions au droit de la concurrence. Les développements menés ont cristallisé la conception traditionnelle du rôle de cet exercice. En effet, premièrement, ils ont montré que la Commission européenne s'appuie le plus souvent au niveau de part de marché sans tenir compte de manière systématique de la durabilité de sa détention et de son évolution, d'où proviendraient les critiques à cet indice par les économistes dans l'évaluation de l'existence d'un pouvoir de marché. Deuxièmement, la délimitation du marché ne sert pas uniquement à calculer les parts de marché. Même si cet indice n'est pas utilisé pour déduire le pouvoir de marché, la délimitation du marché est nécessaire pour examiner les barrières à l'entrée et ainsi la durabilité de la détention du pouvoir de marché. En effet, l'exercice d'un pouvoir de marché n'est pas durable s'il n'existe pas d'obstacles à l'accès au marché. Or, pour examiner les barrières à l'entrée, le droit européen exige une analyse détaillée des caractéristiques et de la structure du marché. La délimitation du marché permet, d'une part, de déterminer l'aire concurrentiel où une telle analyse doit être menée, et d'autre part, constitue l'outil pour mettre en œuvre la méthodologie d'analyse retenue par la Commission européenne. Troisièmement, la délimitation n'est pas un simple outil d'évaluation du pouvoir de marché. Son rôle instrumental est bien illustré dans l'évaluation du risque d'effets unilatéraux et coordonnés d'une concentration parce que les paramètres principaux de cette évaluation sont la proximité des produits, la symétrie entre entreprise et la concentration du marché, lesquels ne peuvent être appréhendés que sur un marché délimité.

1236. La fonction de la délimitation du marché va même au-delà de toute analyse de l'atteinte à la concurrence. Nous avons vu que la référence à la notion de sensibilité de l'atteinte à la

concurrence dont les seuils sont exprimés en termes de part de marché a fortement contribué à ancrer la délimitation du marché dans le droit européen de la concurrence. Par ailleurs, elle joue un rôle central dans la fixation de la sanction et sert de critère de recevabilité d'une ordonnance de renvoi préjudiciel. Ainsi, hors du cadre de l'analyse substantielle de l'atteinte à la concurrence, la délimitation du marché est une exigence aussi logique pour assurer la protection de la libre circulation des ressources dans le marché intérieur et les structures concurrentielles.

1237. En droit vietnamien, la notion de marché pertinent est incluse dans la loi de la concurrence, faisant de cette notion une exigence dans toute analyse de la concurrence.

1238. Si le marché pertinent est une notion à part entière tant en droit européen qu'en droit vietnamien de la concurrence, on ne peut pas nier qu'il existe encore des domaines où la délimitation du marché soulève des difficultés. Les économistes s'appuient souvent sur ces difficultés pour proposer l'abandon de la délimitation du marché. Nous avons examiné les marchés de produits différenciés et les marchés dynamiques et innovants dans lesquels cet exercice s'avère le plus problématique. Les analyses menées ont montré que les problèmes soulevés sur le premier type de marché résident plutôt dans le raisonnement économique de la méthode du monopoleur hypothétique et non dans le concept de marché pertinent. Par conséquent, ils peuvent être résolus en adaptant le TMH lorsque les produits différenciés sont concernés. En revanche, les problèmes liés à la délimitation du marché sur les marchés dynamiques et innovants sont de nature « dynamique » et fondamentale qui exigent un changement radical d'approche d'analyse. Le paramètre concurrentiel principal sur les marchés dynamiques et innovants étant l'innovation, il nous paraît qu'une méthode de délimitation du marché fondée sur l'analyse de la performance du produit comme le test SSNDQ serait une solution pertinente à ces problèmes.

1239. Toutefois, certains économistes continuent à défendre l'idée de l'abandon de la délimitation du marché en proposant des méthodes qu'ils estiment permettre d'analyser de manière plus directe des effets anticoncurrentiels. En matière de contrôle des concentrations, l'*Upward Pricing Pressure*, qui se repose sur l'analyse de l'incitation des entreprises à augmenter les prix des produits, a été considéré comme l'outil alternatif le plus solide de la délimitation du marché. En matière d'abus de position dominante, il s'agit de l'approche fondée sur les effets directs. Nous avons montré que, malgré un fondement intuitif clair, l'analyse

économique qui veut se placer au-dessus des standards juridiques n'est pas à ce jour en mesure de fournir des preuves objectives et solides quant aux effets anticoncurrentiels, et ce, en raison des limites de l'économie industrielle.

1240. Les méthodes économétriques ne devraient et ne peuvent être utilisées pour justifier la nécessité de la délimitation du marché pertinent en droit de la concurrence, mais bien pour développer les méthodes de délimitation du marché. Un usage complémentaire des nouvelles méthodes économiques à la délimitation du marché se prononce comme étant une tendance viable dans le futur. Ainsi, la délimitation du marché pertinent continuera à jouer son rôle comme instrument du droit de la concurrence. Sans ce concept, il n'est pas logique de discuter des notions de barrières à l'entrée ou de pouvoir de marché. Pour conclure, on s'inspire d'une phrase célèbre de Mark Twain : « l'annonce de la mort du marché pertinent est grandement exagérée ».

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS

ARCELIN-LECUYER, Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen, PUR, 2^e éd., 2013.

BOUTARD-LABARDE, M.C., & CANIVET, G., Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994.

DECOCQ, A., & DECOCQ, G., Droit de la concurrence, LGDJ, 6^e éd., 2014.

DIDIER, P., & DIDIER, PH., Droit commercial, Paris, Economica, 2006.

FRISON-ROCHE, M. A. & PAYET, M. S., Droit de la concurrence, Dalloz, coll. Précis, 1^{er} éd., 2006.

GAVALDA, CH., et PARLEANI, G., Droit des affaires de l'Union européenne, Paris, Litec, 3^e éd., 1999.

GAVALDA, CH., et PARLEANI, G., Traité de droit communautaire des affaires, Paris, Litec, 2^e éd., 1994.

GUESNERIE, R., L'économie de marché, Paris, Le Pommier, 2013.

LUCAS de LEYSSAC, C., & PARLEANI, G., Droit du marché, PUF, coll. Thémis, 2002.

MALAURIE-VIGNAL, M., Droit de la concurrence interne et européen, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2014.

PETIT, N., Droit européen de la concurrence, Paris, Montchrestien, 1^{er} éd., 2013.

SAMUELSON, P. A., & NORDHAUS, W. D., Economics, Boston, McGraw-Hill Irwin, 19^e éd., 2009.

SCHAPIRA, S. J., LE TALLEC, G., & BLAISE, J. B., Droit européen des affaires, PUF, coll. Thémis, 1994.

2. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES, TRAVAUX COLLECTIFS

AREEDA, P. E., & KAPLOW, L., Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases, New York, Aspen Law & Business, 5^e éd., 1997.

AREEDA, P. E., SOLOW, J. L., & HOVENKAMP, H., Antitrust Law, IIA, Aspen Law & Business, 2^e éd., 2002.

AREEDA, P. E., SOLOW, J. L., & HOVENKAMP, H., Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, New York, Wolters Kluwer, vol. IIB, 4^e éd., 2014.

AREEDA, P. E., & TURNER, D. F., Antitrust Law, ¶ 508 and 512, 1978.

AREEDA, P. E., & TURNER, D. F., Antitrust Law, vol. 4, ¶ 900 - ¶ 1022, 1980.

AREZZO, E., « Is There a Role for Market Definition and Dominance in An Effects-Based Approach? », in **MACKENRODT, M. O., CONDE GALLEGO, B. & ENCHELMAIER, S.,** (dir.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanism?*, Series: MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Springer, 2008.

BAIN, J. S., Pricing, Distribution, and Employment, New York, Henry Holt & Co., 1948.

BAIN, J. S., Price Theory, New York, Henry Holt & C^o, 1^{re} éd., 1952.

BAIN, J. S., Barriers to New Competition, Cambridge, MA, *Harvard University Press*, 1956.

BAKER, J. B., « Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers », in **HYLTON, K. N.,** (dir.), *Antitrust Law & Economics*, vol. 4, 2010, Chapter 10, p. 234-260.

BAKER, J. B., & BRESNAHAN, T. F., « Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power », in **BUCCIROSSI, P.,** (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Massachusetts, 2008, p. 1-42.

BAKER, J. B., & REITMAN, D., « Research Topics in Unilateral Effects Analysis », in **ELHAUGE, E.,** (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, p. 25-52.

BELLIS, J. F., Droit européen de la concurrence, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2017.

BERNINI, G., Trente ans de droit communautaire – CECA-CEE-CEEA, Bruxelles, coll. Perspectives européennes, 1981.

BIDAUD, L., La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, Litec, 2001.

BIENAYMÉ, A., Principes de concurrence, Paris, Economica, 1998.

BISHOP, S., & WALKER, M., The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, London, Sweet & Maxwell, 3^e éd., 2010.

BISHOP, S., & WALKER, M., The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, London, Sweet & Maxwell, 2^e éd., 2002.

BOS, P. V., STUYCK, J. & WYTENCK, P., Concentration Control in the European Economic Community, London, Graham & Trotman, 1992.

BOSCO, D., & PRIETO, C., Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, Primento, 2013.

- BRAUDEL, F.**, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^{ème} – XVIII^{ème} siècle*, TOME 2 : Les enjeux de l'échange, Paris, A. Colin, 3^e éd., 1979.
- BOUSCANT, R.**, *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République Fédérale d'Allemagne*, Bruxelles, Bruyant, 1991.
- BROCKMEIER, M.**, *Ökonomische Analyse der Nahrungsmittelqualität*, Wissenschaftsverlag Vauk, 1993.
- CANIVET, G.**, Préface à Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002.
- CANIVET, G.**, « L'expertise en droit de la concurrence », in **FRISON-ROCHE, M.-A., & MAZEAUD, D.**, « *L'expertise* », Dalloz, collection Thèmes et Commentaires, 1995, p. 51-61.
- CARLTON, D., & PERLOFF, J.**, *Modern Industrial Organization*, International edition, 4^e éd., 2005.
- CHAMBERLIN, E.H.**, *The Theory of Monopolistic Competition*, 8^e éd., 1948.
- CHERN, W. S., & RICKERTSEN, K.**, *Health, Nutrition and Food Demand*, CABI, 2003.
- CHESBROUGH, H. W.**, *Open Innovation: Researching A New Paradigm*, Oxford, OUP, 2006.
- CHRISTENSEN, C.**, *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston, Massachusetts, Harvard Business Review Press, 1997.
- CHURCH, J., & WARE, R.**, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, McGraw-Hill Education, 2000.
- COASE, R. H.**, « Industrial Organization: A Proposal for Research », in **FUCHS, V. R. U.**, (dir.), *Economic Research: Retrospect and Prospect*, Vol. 3: Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization, National Bureau of Economic Research (éd.), 1972, p. 59-73.
- COMBE, E.**, *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2005.
- COURNOT, A.**, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, Hachette, 1^{er} éd., 1838.
- DAVIS, P., & GARCÉ, E.**, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, 2010.
- DEFALVARD, H.**, *Fondements de la microéconomie : l'équilibre des marchés*, Bruxelles, de Boeck, 2003.
- DE JONG, H. W., & SHEPHERD, W. G.**, *Pioneers of Industrial Organization: How the Economics of Competition and Monopole Took Shape*, Edward Elgar, 2007.

- DE RICHEMONT, J.**, Les concentrations d'entreprises et la position dominante : les six pays du Marché commun, la Grande-Bretagne, les États-Unis d'Amérique, et le Japon, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1971.
- DEHOUSSE, R., & WEILER, J. H. H.**, « EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard Law? », in **HOLLAND, M.**, (dir.), *The Future of European Political Cooperation*, London, McMillan, 1991, p. 121-142.
- DORANDEU, N.**, Le dommage concurrentiel, Perpignan, Presse universitaire de Perpignan, coll. Études, 2000.
- DRUCKER, P. F.**, *The Practice of Management*, New York, Harper & Row, 1^{re} éd., 1954.
- DRUESNE, P.**, Droit et politique de la communauté et de l'Union européenne, PUF, 1995.
- EVANS, D.S.**, « Lightning up on market definition », in **ELHAUGE, E.**, (dir.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, p. 53-89.
- FENGER, N., & BROBERG, M.**, Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne, Bruxelles, Larcier, 1^{re} éd., 2013.
- FLETCHER, A., & JARDINE, A.**, « Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing » in **EHLERMANN, C. D., & MARQUIS, M.**, (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 533-546.
- FOCSANEANU, L.**, La jurisprudence de la CJCE en matière de concurrence : les règles applicables aux entreprises (article 85 et 86 du Traité de Rome), Paris, Techniques et Économiques, 1977.
- GERBER, D.**, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- GLAIS, M.**, Concentration des entreprises et Droit de la concurrence, Paris, Economica, 2010.
- GLAIS, M., & LAURENT, PH.**, *Traité d'économie et de la concurrence*, PUF, 1983.
- GODET, M.**, Manuel de stratégie prospective, Tome 1 : Une discipline intellectuelle, Paris, éd. Dunod, 3^e éd., 2007.
- GORE, D., LEWIS, S., LOFARO, A., & DETHMERS, F.**, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge University Press, 2013.
- GRANGER, G.-G.**, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1955.
- GREGORY, A.**, « Excessive Price and the Role of Profitability Analysis », in **OCDE**, *Prix excessif*, DAF/COMP (2011)18 du 7 fév. 2012, p. 389-404.
- HALE, G. E., & HALE, R. D.**, *Market Power: Size and Shape Under the Sherman Act*, Boston, M.A: Little Brown, 1958.

- HATEM, F.**, Introduction à la prospective, Paris, Economica, 1996.
- HERFINDAHL, O. C.**, Concentration in the U.S. Steel Industry, Thèse de doctorat non publiée, *University of Columbia*, 1950.
- HERZOG, P. E., & SMITH, J.**, The Law of European Economic Community – a Commentary on the EC Treaty, New York, Mathew Binder et Co Inc., 1992.
- HILDEBRAND, D.**, The Role of Economic Analysis in EU Competition Law, Wolters Kluwer, 4^e éd., 2016.
- HOUSSIAUX, J.**, Le pouvoir de monopole : essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain, Thèse, Paris, Sirey, 1958.
- JACQUEMIN, A.**, Économie industrielle européenne : structures de marché et stratégies d'entreprise, Dunod, 1975.
- JENNY, F., & WEBER, A. P.**, L'entreprise et les politiques de concurrence : ententes, cartels, monopoles dans les économies occidentales, Paris, éd. d'Organisation, 1976.
- JOHNSON, F. I.**, « Two Approaches to Market Definition under the Merger Guidelines », in **R. O. ZERBE** (dir.), *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 227-234.
- JOHNSON, F. I.**, « Market Definition Under the Merger Guidelines: Critical Demand Elasticities », in **ZERBE, R. O.**, (dir.), *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 235-246.
- JOLIET, R.**, Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power, Liège, éd. Faculté de Droit de Liège, 1970.
- JONES, A., & B. SUFRIN, B.**, EU Competition Law: Text, Cases and Material, OUP, 5^e éd., 2014.
- KEELEY, L., WALTERS, H., PIKKEL, R., & QUINN, B.**, Ten Types of Innovation: The Discipline of Building Breakthroughs, Wiley, 2013.
- KLEMPERER, P.**, « Competition Policy in Auctions and “Bidding Markets” », in **BUCCIROSSI, P.**, (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press, 2008, p. 583-639.
- KORAH, V.**, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Hart Publishing, 9^e éd., 2007.
- KOVACIC, W. E., MARSHALL, R. C., MARX, L. M., & RAIFF, M. E.**, « Lessons for Competition Policy from the Vitamins Cartel », in **GHOSALL, V., STENNEK, J.**, (dir.), *The Political Economy of Antitrust, Contributions to Economic Analysis*, vol. 282, Emerald Group Publishing Limited, 2007, p. 149-176.

- LANCASTER, K. J.**, *Consumer Demand: A New Approach*, New York & London, Columbia University Press, 1971.
- LANCASTER, K. J.**, *Variety, Equity and Efficiency: Product Variety in an Industrial Society*, New York, Columbia University Press, 1979.
- LECOURT, A.**, *Le juge et l'économie*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- LÜCKING, J., & DITTERT, D.**, « Definition of the Relevant Market », in **FAULL, J. & NIKPAY, A.** (dir.), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3^e éd., 2014.
- LÜCKING, J., & SIMON, S.**, Definition of the Relevant Market (Part 3, Chapter 1), in **DRAUZ, G., & JONES, C.** (dir.), *EU Competition Law, Volume II: Mergers and Acquisitions*, Book I, Claeys & Casteels, 2^e éd., 2012.
- LUECKE, R., & RATZ, R.**, *Managing Creativity and Innovation*, Boston, MA, Harvard Business School Press, 2003.
- LYON-CAEN, A.**, *Contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, Thèse Paris II, 1975.
- MACHLUP, F.**, *The Economics of Sellers' Competition: Model Analysis of Sellers' Conduct*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952.
- MARKIDES, C. C., & GEROSKI, P. A.**, *Fast Second: How Smart Companies Bypass Radical Innovation to Enter and Dominate New Markets*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005.
- MARKOVITS, R. S.**, *Economic and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law, Vol. I: Basic concepts and Economics-Based Legal Analyses of Oligopolistic and Predatory Conduct*, Springer, 2014.
- MARSHALL, A.**, *Principles of Economics*, London, McMillan, 1^{re} éd., 1890 (Traduction française par **SAUVAIRE-JOURDAN, F.**, Tome I, Livre I, II, III, 1906).
- MARSHALL, A.**, *Principles of Economics*, London, McMillan, 8^e éd., 1920.
- MOORE, G. A.**, *Crossing the Chasm: Marketing and Selling Technology Products to Mainstream Customers*, New York, Harper Business, 1^{re} éd., 1991.
- MOTTA, M.**, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1^{re} éd., 2004.
- NAÔMÉ, C.**, *Le renvoi préjudiciel en droit européen – Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2010.
- NAZZINI, R.**, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, OUP, 2011.

- NEVARRO, E., FONT, A., FOLGUERA, J., & BRIONES, J.**, Merger Control in the EU, OUP, 2^e éd., 2005.
- NEVEN, D., NUTALL, R. & SEABRIGHT, P.**, Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control, *Centre for Economic Policy Research*, 1993.
- NEVO, H.**, Definition of the Relevant Market: (Lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law, Intersentia, 2015.
- NIELS, G., JENKINS, H. & KAVANAGH, J.**, Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 2^e éd., 2016.
- O'DONOGHUE, R., & PADILLA, J.**, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 1^{re} éd., 2006.
- O'DONOGHUE, R., & PADILLA, J.**, The Law and Economics of Article 102 TFEU, Hart Publishing, 2^e éd., 2013.
- PAULIS, E.**, « Article 82 EC and Exploitative conduct », in **EHLERMANN, C. D., & MARQUIS, M.**, (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 515-524.
- PICARD, P.**, Éléments de microéconomie : Théorie et applications, Tome 1, Montchrestien, 5^e éd., 1998.
- PINDYCK, R. S., & RUBINFELD, L.**, Microeconomics, Pearson, 8^e éd., 2013.
- POSNER, R.**, Antitrust Law: An Economics Perspective, University of Chicago Press, 1976.
- POSNER, R.**, Economic Analysis of Law, Wolters Kluwer, 8^e éd., 2011.
- ROBINSON, J.**, The Economics of Imperfect Competition, London, McMillan, 1^{er} éd., 1938.
- ROBINSON, J.**, The Economics of Imperfect Competition, London, McMillan, 2^e éd., 1966.
- ROGERS, E. M.**, Diffusion of Innovations, New York, The Free Press of Glencoe, 1^{re} éd., 1962.
- RÖLLER, L. H.**, « Exploitative Abuses », in **EHLERMANN, C. D., & MARQUIS, M.**, (dir.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 525-532.
- ROSE, V., & BAILEY, D.**, European Union Law of Competition, Oxford University Press, 7^e éd., 2013.
- SÄCKER, F. J.**, The Concept of the Relevant Product Market: Between Demand-side Substitutability and Supply-side Substitutability in Competition Law, Peter Lang, 2008.
- SAMUELSON, P. A., et NORDHAUS, W. D.**, Economics, Boston, McGraw-Hill Irwin, 19^e éd., 2009.

SANSON-HERMITTE, M.-A., Droit de la concurrence : cohérence économique, sécurité juridique, Librairies techniques, 1981, préface B. GOLDMAN.

SCHERER, F. M., Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago, Rand McNally & Company, 1^{re} éd., 1970.

SCHERER, F. M., Competition Policy, Domestic and International, Edward Elgar, 2000.

SCHUMPETER, J. A., Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest and the Business Cycle, Harvard Economic Studies, vol. 46, Harvard College, Cambridge, MA, 1934.

SIBONY, A. L., Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Paris, LGDJ, 2008.

SPECTOR, D., « Les nouveaux critères d'appréciation du contrôle communautaire des concentrations », in **BRUNET, F., & CANIVET, G.**, (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008.

STIGLER, G. J., The Theory of Price, New York, McMillan, 1^{er} éd., 1942.

STIGLER, G. J., The Organization of Industry, Chicago, University of Chicago Press, 1968.

STIGLER, G. J., The Economists as Preacher and Other Essays, University of Chicago Press, 1982.

SULLIVAN, L. A., Handbook of the Law of Antitrust, Minnesota, West Publishing Company, 1977.

SYLOS-LABINI, P., Oligopoly and Technical Progress, traduction en anglais par **HENDERSON, E.**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, édition révisée, 1969.

TEMPLE LANG, J., « Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law », in **HAWK, B. E.**, (dir.), *International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute, 2002.

THORELLI, H., The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition in American Business, The Belknap Press of Harvard University, 1^{er} éd., 1977.

THÜRER, D., « The Role of Soft Law in the Process of European Integration », in **JACOT-GUILLARMOD, O.**, (dir.), *L'Avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?* Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990, p. 131-138.

TIROLE, J., The Theory of Industrial Organization, Cambridge Massachusetts, London, The MIT Press, 1988.

TIROLE, J., Théorie de l'Organisation Industrielle, Tome 1, Economica, 1993.

TOINET, M-F., KEMPF, H., & LACORNE, D., La libéralisme à l'américaine, Paris, Economica, 1989.

TRIFFIN, R., Monopolistic competition and general equilibrium theory, Cambridge, Harvard University Press, 1940.

ULWICK, A. W., What Customers Want: Using Outcome-Driven Innovation to Create Breakthrough Products and Services, New York, McGraw-Hill, 2005.

VAN BAEL & BELLIS, Droit de la concurrence dans la communauté économique européenne, Bruxelles, Bruylant, 1991.

VAN BAEL & BELLIS, Competition Law of the European Community, Wolters Kluwer, 5^e éd., 2010.

VAN DEN BERGH, R. J., & CAMESASCA, P. D., European Competition Law and Economics, Sweet & Maxwell, 2001.

VARONA, E. N., GALARZA, A. F., CRESPO, J. F., & ALONSO, J. B., Merger Control in the European Union, Oxford University Press, 2^e éd., 2005.

VESTERDORF, B., « Economics in Court: Reflections on the Role of Judges in Assessing Economic Theories and Evidence in the Modernised Competition Law Regime », in **JOHANSSON, M., WAHL, N., & BERNITZ, U.**, (dir.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: A European for all seasons*, Bruyant, 2006, p. 504-524.

VINJE, T., & PAEMEN, D., « Transatlantic issues in the European merger review of Oracle/PeopleSoft: harmonious dissonance », in **MARSDEN, P.**, (dir.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 16-40.

VOGEL, L., Droit de la concurrence et concentration économique, Paris, Economica, 1988.

VON HIPPEL, E., Democratizing Innovation, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005.

WERDEN, G. J., « Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers I: Basic Concepts and Models », in ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy*, éd., W. Dale Collins, 2008, p. 1319-1341.

WERDEN, G. J., & FROEB, L. M., « Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries », in **COATE, M. B., & KLEIT, A. N.**, (dir.), *The Economics of the Antitrust Process*, Boston, Dordrecht, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1996.

WERDEN, G. J., & FROEB, L. M., « Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers », in **BUCCIROSSI, P.**, (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, vol. 43, MIT Press, 2008, Chapter 3.

WHISH, R., EU Competition law, Oxford, 2012.

WHISH, R., & BAILEY, D., Competition Law, London, Oxford University Press, 7^e éd., 2012.

WILLIAMS, M., « Excessive Pricing », in Swedish Competition Authority, *The Pros and Cons of High Prices*, 2007, p. 128-153.

WINCKLER, A., & BRUNET, F., (dir.), *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, Bruxelles, De Boeck Université, 2^e éd., 1998.

ZACHMANN, J., *Le contrôle communautaire des concentrations*, Paris, LGDJ, 1994.

3. ARTICLES DE DOCTRINE

ABBOTT, K. W., & SNIDAL, D., « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, vol. 54, n° 3, Legalization and World Politics, 2000, p. 421-456.

ADELMAN, M. A., « Economic Aspects of the Bethlehem Opinion », *Virginia Law Review*, vol. 45, n° 5, 1959, p. 684-696.

ANTITRUST LAW JOURNAL, « Symposium: A Critical Appraisal of the “Innovation Market” Approach », vol. 64, n° 7, 1995-1996.

AZEVEDO, J. P., & WALKER, M., « Dominance: Meaning and Measurement », *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 7, 2002, p. 363-367.

BAE, J. P., « Drug Patent Expiration and the Speed of Generic Entry », *Health Services Research*, vol. 32, n° 1, p. 87-101, 1997.

BAKER, J. B., « Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n° 3, 2007, p. 575-602.

BAKER, J. B., « Market Definition: An Analytical Overview », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, 2007, p. 129-173.

BAKER, J. B., & BRESNAHAN, T. F., « The Gains from Mergers or Collusion in Product Differentiated Industries », *Journal of Industrial Economics*, vol. 35, 1985, p. 427-444.

BAKER, J. B., & BRESNAHAN, T. F., « Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, 1992, p. 9-13.

BARBIER DE LA SERRE, E., « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *Revue Lamy de la concurrence*, octobre-décembre 2006, n° 9, p. 14-23.

BARNES, I. R., « Markets, Competition, and Monopolistic Tendencies in Merger Cases: An Economic Problem in a Legal Setting », *Marquette Law Review*, vol. 40, issue 2, 1956, p. 141-166.

BASS, F. M., « The Theory of Stochastic Preference and Brand Switching », *Journal of Marketing Research*, vol. 11, n° 1, 1974, p. 1-20.

- BAUMANN, M. G. & GODEK, P. E.**, « Could and Would Understood: Critical Elasticities and the Merger Guidelines », *Antitrust Bulletin*, vol. 40, issue 4, 1995, p. 885-899.
- BAUMÖL, W. J., & SWANSON, D. G.**, « The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power », *Antitrust L. J.*, vol. 70, n° 3, 2003, p. 661-685.
- BENSTON, G. J.**, « Accounting Numbers and Economic Values », *Antitrust Bull.*, vol. 27, issue 1, 1982, p. 161-215.
- BISHOP, R. L.**, « Elasticities, Cross-Elasticities, and Market Relationships », *Am. Eco. Rev.*, vol. XLII, n° 5, Dec. 1952, p. 779-803.
- BISHOP, S.**, « Price Discrimination under Article 86: Political Economy in the European Court », *The Modern Law Review*, vol. 44, issue 3, 1981, p. 282-295.
- BISHOP, S.**, « The European Commission's Policy Towards State Aid: A Role for Rigorous Competitive Analysis », *European Competition Law Review*, vol. 18, n° 2, 1997, p. 84-86.
- BLAISE, J. B., & IDOT, L.**, « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995.
- BLAISE, J. B., & JENNY, F.**, « Le droit de la concurrence, les années récentes: bilan et synthèse », *RIDE*, n° 1, 1995.
- BOSHOFF, W. H.**, « Why Define Markets in Competition Cases? », *Stellenbosch Economic Working Papers*, 10/13, May 2013.
- BOUTARD-LABARDE, M.C., & BUREAU, D.**, « La détermination du marché pertinent », *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, n° 11, 1993, p. 743-750.
- BOY, L.**, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, 2005, p. 27-50.
- BROCK, J. W.**, « Industry structure and market power: the relevance of relevant market », *Antitrust Bulletin*, vol. 29, issue 3, 1984, p. 535-560.
- CAFFARRA, C., & WALKER, M.**, « An Exploration into the Use of Economics before Courts in Europe », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, issue 2, 2010, p. 158-161.
- CAILLÉ, A.**, « El nacimiento *homo economicus* », in *Le marché à travers les âges*, Le Courrier de l'UNESCO, nov. 1996, p. 10-13.
- CANIVET, G.**, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ com.*, 1992, p. 185-204.
- CANIVET, G., & CHAMPALAUNE, C.**, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », in *Mélanges Pierre Bézard, Petites Affiches*, Montchrestien, 2002, p. 257-272.

CARLTON, D. W., YAO, D. A., RAPP, R. T., & WHITE, L. J., « Before FTC Hearings on Global and Innovation-Based Competition », le 25 October 1995.

CARLTON, D. W., « Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding », *Am. Eco. Rev.*, vol. 94, n° 2, 2004, p. 466-467.

CARLTON, D. W., « Market Definition: Use and Abuse », *Competition Policy International*, vol. 3, n° 1, Spring 2007.

CARLTON, D. W., « Revising the Horizontal Merger Guidelines », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, issue 3, 2010, p. 619-652.

CARTWRIGHT, P. A., KAMERSCHEN, D. R. & HUANG, M-Y., « Price Correlation and Granger Causality Tests for Market Definition », *Review of Industrial Organization*, vol. 4, n° 2, 1989, p. 79-98.

CASS, R. A., & HYLTON, K. N., « Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards and Microsoft », *George Mason Law Review*, vol. 8, 1999, p. 1-40.

CAVES, R. E., WHINSTON, M. D., & HURWITZ, M. A., « Patent Expiration, Entry and Competition in the U.S. Pharmaceutical Industry », *Microeconomics (Brookings Papers on Economic Activity)*, 1991, p. 1-66.

CHAMBERLIN, E. H., « Duopoly: Values where sellers are few », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 43, n° 1, 1929, p. 63-100.

CHAMBERLIN, E. H., *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1933.

CHAMBERLIN, E. H., « Product heterogeneity and Public Policy », *American Economic Review* (Paper & Proceedings of the Sixty-second Annual Meeting of the American Economic Association), vol. 40, n° 2, 1950, p. 85-92.

CHAMPAUD, Cl., « Les caractères du droit de la concurrence », *JurisClasseur Concurrence Consommation*, 1991, fasc. 30.

CHARPIN, A., & DE MUIZON, G., « Market Definition: Is There A Need For New Guidance? », *Revue des droits de la concurrence*, n° 2, 2012, p. 9-20.

CHIN, A., « Analyzing Mergers in Innovation Markets », *Jurimetrics Journal*, vol. 38, n° 2, 1998, p. 119-150.

CLARK, J. M., « Toward a Concept of Workable Competition », *Am. Eco. Rev.*, vol. 30, n° 2, part 1, June 1940, p. 241-256.

COATE, M. B., & FISCHER, J. H., « A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 4, 2008, p. 1031-1063.

- COE, P., & KRAUSE, D.**, « An Analysis of Price-based Tests of Antitrust Market Delineation », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, issue 4, 2008, p. 983-1007.
- COMBE, E.**, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, 2006 (t.XX, 1), p. 11-46.
- COMBE, E.**, « Le dommage à l'économie et sanction pécuniaire : Une introduction économique », *Concurrences*, n° 4-2010.
- CONTI, M.**, « EU Merger Analysis, Merger Simulation Models in the Context of the Merger Regulation », *Competition Law Insight*, May 2006.
- CONDLIFFE, J.**, « IBM nudges ahead in the race toward quantum supremacy », *MIT Technology Review*, 17 May 2017.
- CORWIN, E. D.**, « Economic Concepts and Antitrust Litigation: Evolving Complexities », *Antitrust Bulletin*, vol. 19, issue 2, 1974, p. 295-319.
- CRAMER, E. L., & BERGER, D.**, « The Superiority of Direct Proof of Monopoly Power and Anticompetitive Effects in Antitrust Cases Involving Delayed Entry of Generic Drugs », *University of San Francisco Law Review*, vol. 39, issue 1, 2004, p. 81-140.
- CROOKE, P., FROEB, L., TSCHANTZ, S., & WERDEN, G. J.**, « The Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria », *Review of Industrial Organization*, vol. 15, n° 3, 1999, p. 205-217.
- DALJOORD, Ø., SØGARD, L.**, « Single-Product versus Uniform SSNIPs », *International Review of Law and Economics*, vol. 3, n° 2, 2011, p. 142-146.
- DALJOORD, Ø., SØGARD, L., & THOMASSEN, Ø.**, « The SSNIP Test and Market Definition With The Aggregate Diversion Ratio: A Reply to Katz and Shapiro », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, n° 2, 2008, p. 263-270.
- DANET, D.**, « La science juridique, serviteur ou maître de la science économique », *Revue internationale de droit économique*, 1993, p. 4-27.
- DE BERMONT de VAUX, J. M.**, « Contribution à l'étude de la méthodologie comparée du marché du produit en cause (relevant product market) entre le droit américain et le droit européen », *Juris-Classeur Périodique*, éd. Entreprise, 1986, n° 14765, p. 537-547.
- DERINGER, A.**, « Les règles de la concurrence de la CEE – Analyse et commentaires des articles 85 et 94 du traité », *Revue du marché commun*, 1961.
- DICKKEY, D. A., & FULLER, W. A.**, « Distribution of the Estimator for Autoregressive Time Series With a Unit Root », *Journal of the American Statistical Association*, vol. 74, n° 336, 1979, p. 427-431.

- DIXIT, A. K., & STIGLER, J. E.,** « Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity », *Am. Eco. Rev.*, vol. 67, n° 3, 1977, p. 297-308.
- DOBBS, I. M.,** « Defining Markets for Ex Ante Regulation using the Hypothetical Monopoly Test », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 13, issue 1, 2006, p. 83-109.
- DOJ,** « Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act », 2008.
- DOLADO, J. J., JENKINSON, T. & SOSVILLA-RIVERO, S.,** « Cointegration and Unit Roots », *Journal of Economic Surveys*, vol. 4, issue 3, 1990, p. 249-273.
- DRUNAT, J., DUFRENOT, G., & MATHIEU, L.,** « Les théories explicatives du taux de change : de Cassel au début des années quatre-vingt », *Revue française d'économie*, vol. 9, n° 3, 1994, p. 53-111.
- ECONOMETRICA,** « The Bargaining Problem », vol. 18, n° 2, 1950, p. 155-162.
- ECONOMETRICA,** « Two person Cooperative Game », vol. 21, n° 1, 1953, p. 128-140.
- EASTERBROOK, F. H.,** « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, vol. 63, n° 1, 1984, p. 1-40.
- EISZNER, J. R.,** « Innovation Markets and Automatic Transmissions: A Shift in the Wrong Direction? », *Antitrust Bulletin*, vol. 43, n° 2, 1998, p. 297-338.
- ELZINGA, K. G., & HOGARTY, T. F.,** « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », *Antitrust Bulletin*, vol. 18, issue 1, 1973, p. 45-82.
- ELZINGA, K. G., & HOGARTY, T. F.,** « The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal », *Antitrust Bulletin*, vol. 23, issue 1, 1978, p. 1-18.
- ELZINGA, K. G., & HOGARTY, T. F.,** « Defining Geographic Market Boundaries », *Antitrust Bulletin*, vol. 26, issue 4, 1981, p. 739-752.
- EPSTEIN, R. J., & RUBINFELD, D. L.,** « Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications », *Antitrust Law Journal*, vol. 69, 2002, p. 883-919.
- EVANS, D. S., & NOEL M. D.,** « The Analysis of Mergers that Involve Multi-Side Platform Businesses », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 3, 2008, p. 663-695.
- EVANS, D. S., & PADILLA, A. J.,** Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules », *JCLE*, vol. 1, n° 97, 2005, p. 97-122.
- FARRELL, J., & KATZ, L.,** « The Economics of Welfare Standards in Antitrust », *Competition Policy International*, vol. 2, n° 2, 2006.
- FARRELL, J., & SHAPIRO, C.,** « Improving Critical Loss Analysis », *Antitrust Source*, Feb. 2008, p. 1-20.

- FEGATILLI, E., & PETIT, N.,** « Econométrie du droit de la concurrence – Un essai de conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009, p. 67-122.
- FINKELSTEIN, M. O., & FRIEDBERG, R. M.,** « The Application of an Entropy Theory of Concentration to the Clayton Act », *Yale Law Journal*, vol. 76, n° 4, 1967, p. 677-717.
- FISHER, F.,** « Diagnosing Monopoly », *Quarterly Review of Economics and Business*, vol. 19, 1979, p. 7-17.
- FISHER, F.,** « Horizontal Mergers: Triage and Treatment », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, n° 2, 1987, p. 23-40.
- FISHER, F.,** « Organizing Industrial Organization: Reflections on the Handbook of Industrial Organization », *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, vol. 1991, p. 201-240.
- FISHER, F., & MCGOWAN, J. J.,** « On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits », *Am. Eco. Rev.*, vol. 73, n° 1, 1983, p. 82-97.
- FISHWICK, F. H.,** « The Definition of the Relevant Market in the Competition Policy of the European Economic Community », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1993, p. 174-192.
- FOCSANEANU, L.,** « L'abus de position dominante après l'arrêt Continental Can », *Revue du Marché Commun*, 1973, p. 145-159.
- FORNI, M.,** « Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition », *American Law and Economics Review*, vol. 6, n° 2, 2004, p. 441-464.
- FRANK, R. G., & SALKEVER, D. S.,** « Pricing, Patent Loss and the Market for Pharmaceuticals », *Southern Economic Journal*, vol. 59, n° 2, 1992, p. 165-179.
- FRANK, R. G., & SALKEVER, D. S.,** « Generic Entry and the Pricing for Pharmaceuticals », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 6, n° 1, 1997, p. 75-90.
- FRECH III, H. E., LANGENFELD, J., & McCLUER, R. F.,** « Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 3, 2004, p. 921-947.
- FROEB, L. M., & WERDEN, G. J.,** « The Reverse Cellophane Fallacy in Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, vol. 7, n° 2, 1992, p. 241-247.
- FURSE, M.,** « Market Definition – the Draft Commission Notice », *European Competition Law Review*, vol. 18, 1997, p. 378-382.
- GAL, M. S., & RUBINFELD, D. L.,** « The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n° 3, 2016, p. 521-562.
- GASMI, F., LAFFONT, J.-J. & SHARKEY, W. W.,** « The Natural Monopoly Test reconsidered: An Engineering Process-Based Approach to Empirical Analysis in

Telecommunications », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 20, issue 4, 2002, p. 435-459.

GAVIL, A. I., « On the Utility of “Direct Evidence of Anticompetitive Effects” », *Antitrust*, vol. 19, 2005, p. 59-65.

GÉRADIN, D., HOFFER, P., LOUIS, F., PETIT, N., & WALKER, M., « The Concept of Dominance in EC Competition Law », in *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, Collège d’Europe, 2005.

GERBER, D., « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », in **CANIVET, G.**, (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, p. 107-129.

GILBERT, R., & SUNSHINE, S., « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 2, 1995, p. 569-601.

GLAIS, M., « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Economie rurale*, n° 277-278, 2003, p. 23-44.

GLASSMAN, M., « Market Definition as a Practical Matter », *Antitrust Law Journal*, vol. 49, 1980, p. 1155-1166, spéc. p. 1156.

GONZALEZ DIAZ, F. E., « The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole? », *World Competition Law and Economics Review*, vol. 27, n° 2, 2004, p. 177-201.

GORT, M., & KLEPPER, S., « Time Paths in the Diffusion of Product Innovations », *Economic Journal*, vol. 92, n° 367, 1982, p. 630-653.

GRABOWSKI, H., & VERNON, J., « Brand Loyalty, Entry and Price Competition in Pharmaceuticals After the 1984 Drug Act », *Journal of Law and Economics*, vol. 35, n° 2, 1992, p. 331-350.

GRANGER, C. W. J., « Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spectral Methods », *Econometrica*, vol. 37, n° 3, 1969, p. 424-438.

GYSELEN, L., « Le règlement du Conseil des communautés européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, vol. 45, n° 1, jan.-mars 1992, p. 5-48.

HARRIS, B. C., & SIMONS, J. J., « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? », *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 207-226.

HARRIS, R. G., & JORDE, T. M., « Antitrust Market Definition: An Integrated Approach », *California Law Review*, vol. 72, n° 1, 1984, p. 1-67.

- HARTMAN, R., TEECE, D., MITCHELL, W., & JORDE, T.,** « Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change », *Industrial and Corporate Change*, vol. 2, issue 3, 1993, p. 317-350.
- HARRIS, B. C. & SIMONS, J. J.,** « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? », *Research in Law and Economics*, vol. 12, 1989, p. 207-226.
- HAUSER, J. R., & SIMMIE, P.,** « Profit Maximizing Perceptual Positions: An Integrated Theory for the Selection of Product Features and Prices », *Management Science*, vol. 27, n° 1, 1981, p. 33-56.
- HAUSMAN, J., LEONARD, G., & ZONA, J.,** « A Proposed Method for Analyzing Competition Among Differentiated Products », *Antitrust Law Journal*, vol. 60, 1992, p. 889-900.
- HAUSMAN, J. A., LEONARD, G., & ZONA, J.,** « Competition Analysis with Differentiated Products », *Annales d'Économique et de Statistique*, vol. 34, 1994, p. 159-180.
- HAUSMAN, J. A., & SIDAQ, J. G.,** « Evaluating Market Power Using Competitive Benchmark Prices Instead of the Herfindahl-Hirschman Index », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n° 2, 2007, p. 387-407.
- HAWK, B.,** « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 25, n° 1, 1989, p. 5-44.
- HENDERSON, R. M., & CLARK, K. B.,** « Architectural Innovation: The Reconfiguration of Existing Product Technologies and the Failure of Established Firms », *Administrative Science Quarterly*, n° 35, mars 1990, p. 9-30.
- HENDLER, R.,** « Lancaster's New Approach to Consumer Demand and Its Limitations », *The American Economic Review*, vol. 65, n° 1, 1975, p. 194-199.
- HESSE, R. B., & SOVEN, J. H.,** « Defining Relevant Product Markets in Electronic Payment Network Antitrust Cases », *Antitrust Law Journal*, vol. 73, n° 3, 2006, p. 709-738.
- HIRSCHMAN, A. O.,** « National Power and the Structure of Foreign Trade », *Political Science Quarterly*, vol. 61, n° 2, June 1946, p. 272-274.
- HIRSCHMAN, A. O.,** « The Paternity of an Index », *American Economic Review*, vol. 54, n° 5, 1964, p. 761-762.
- HOERNER, R. J.,** « Innovation Markets: New Wine in Old Bottles? », *Antitrust L. J.*, vol. 64, n° 49, 1995.
- HOROWITZ, I.,** « Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-based Approach », *Southern Economic Journal*, vol. 48, n° 1, 1981, p. 1-16.
- HOSKEN, D., & TAYLOR, C. T.,** « Discussion of "Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition" », *American Law and Economics Review*, vol. 6, n° 2, 2004, p. 465-475.

HORST, A., « Zur Messung von Marktmacht und ihres Missbrauchs », *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1978.

HOTELLING, H., « Stability in Competition », *The Economic Journal*, vol. 39, n° 153, March 1929, p. 41-57.

HRUSKA, A. C., « A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries », *Yale Law Journal*, vol. 102, issue 1, 1992, p. 305-331.

IDOT, L., « Brefs regards sur 60 ans de politique européenne de concurrence », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 623, 2018, p. 639-649.

IOANNIS, K., « The Concept of Market Definition and the SSNIP Test in the Merger Appraisal », *European Competition Law Review*, vol. 26, issue 4, 2005, p. 209-214.

JAFFE, S. & WEYL, E. G., « The First-Order Approach to Merger Analysis », *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 5, n° 4, 2013, p. 188-218.

JENNY, F., « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *Revue de l'Observatoire française des conjonctures économiques (l'OFCE)*, n° 100, p. 85-120.

JOHANSEN, S., « Statistical Analysis of Cointegration Vectors », *Journal of Economic Dynamics and Control*, vol. 12, 1988, p. 231-254.

JOLIET, R., « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 5, n° 4, 1969, p. 645-696.

JUSKALIAN, R., « You might not know what to do with it, but it's time to save up for a quantum computer », *MIT Technology Review*, 2017.

KAPLOW, L., « The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 8, 1982, p. 1817-1848.

KAPLOW, L., « Why (ever) Define Markets? », *Harvard Law Review*, vol. 124, 2010, p. 437-517.

KAPLOW, L., « Market Share Threshold: On the Conflation of Empirical Assessment and Legal Policy Judgments », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, n° 2, 2011, p. 243-276.

KAPLOW, L., « Market Definition: Impossible and Counterproductive », *Antitrust Law Journal*, vol. 79, issue 1, 2013, p. 361-380.

KARPEL, A., « The European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas merger and the Need for Greater U.S-EU Cooperation in the Merger Field », *The American University Law Review*, vol. 47, 1998, p. 1029-1069.

- KARSH, B. A.**, « The Role of Supply Substitutability in Defining the Relevant Product Market », *Virginia Law Review*, vol. 65, n° 1, February 1979, p. 129-151.
- KASERMAN, D., & ZEISEL, H.**, « Market Definition: Implementing the Department of Justice Merger Guidelines », *Antitrust Bulletin*, vol. 41, Issue 3, 1996, p.665-690.
- KATE, A. T., & NIELS, G.**, « The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 5., n° 2, 2008, p. 297-333.
- KATE, A. T., & NIELS, G.**, « The Concept of Critical Loss for a Group of Differentiated Products », *Journal of Competition & Economics*, vol. 6, n° 2, 2010, p. 321-333.
- KATTAN, J.**, « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, n° 3, 1993, p. 937-973.
- KATZ, M. L., & SHAPIRO, C.**, « Critical Loss: Let's Tell the Whole Story », *Antitrust*, spring 2003, p. 49-56.
- KAUPER, T. E.**, « The Problem of Market Definition under EC Competition Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 20, issue 5, 1996, p. 1682-1767.
- KEMPF, H.**, « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 », *Cahiers d'Économie Politique*, n° 20-21, p. 187-211.
- KEYTE, J. A.**, « Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 3, 1995, p. 697-748.
- KEYTE, J. A., & STOLL, N. R.**, « Markets? We don't need no stinking markets ! The FTC and market definition », *Antitrust Bull.*, vol. 49, issue 3, 2004, p. 593-632.
- KINGDON, J. S.**, « Economic Arguments in Anti-Trust Cases: An American Litigator's Perspective », *European Competition Law Review*, 1987, p. 371-385.
- KIRKING, D. M., ASCIONE, F. J., GAITHER, C. A., & WELAGE, L. S.**, « Economics and Structure of the Generic Pharmaceutical Industry », *Journal of the American Pharmaceutical Association*, vol. 41, 2001, p. 578-584.
- KLEIN, N. M., BITHER, S. W.**, « An Investigation of Utility-directed Cutoff Selection », *Journal of Consumer Research*, 1987, p. 240-256.
- KNIGHT, K. E.**, « A Descriptive Model of the Intra-Firm Innovation Process », *The Journal of Business*, vol. 40, n° 4, 1967, p. 478-496.
- KOLASKY, W. J.**, « What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives », *Antitrust Bulletin*, 2004, p. 29-53.
- KORAH, V.**, « Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86 », *CMLR*, vol. 17, 1980, p. 395-414.

- KOVACIC, W. E., & SHAPIRO, C.,** « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, 2000, p. 43-60.
- KRATTENMAKER, T. G., LANDE, R. H., & SALOP, S. C.,** « Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law », *Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1987.
- LADD, G. W., & SUVANNUNT, A.,** « A Model of Consumer Goods Characteristics », *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 58, 1976, p. 504-510.
- LADD, G. W., & MARTIN, M. B.,** « Prices and Demand for Input Characteristics », *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 58, 1976, p. 21-30.
- LADD, G. W., & ZOBEL, M.,** « Model of Consumer Reaction to Product Characteristics », *Journal of Consumer Research*, vol. 4, n° 2, 1977, p. 89-101.
- LANCASTER, K. J.,** « A New Approach to Consumer Theory », *Journal of Political Economy*, vol. 74, n° 2, 1966, p. 132-157.
- LANCASTER, K. J.,** « Change and Innovation in the Technology of Consumption », *The American Economic Review*, vol. 56, n° 1/2, 1966, p. 14-23.
- LANCASTER, K. J.,** « Socially Optimal Product Differentiation », *American Economic Review*, 1975, p. 99-122.
- LANDE, R. H.,** « Beyond Chicago: Will Activist Antitrust Arise Again », *Antitrust Bulletin*, vol. 39, Spring 1994, p. 1-25.
- LECOURT, R.,** « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, doctrine, p. 741-748.
- LEONNET, J.,** « La Cour de cassation juge de la concurrence », *Contrats-Concurrence-Consommation*, février 1993.
- LE PEN, C.,** « Évaluation du médicament : l'innovation incrémentale est elle maltraitée ? », *étude CRIP - IMS*, janvier 2009.
- LERNER, A. P.,** « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *The Review of Economic Studies*, vol. 1, n° 3, 1934, p. 157-175.
- LIND, R., & WALKER, M.,** « The (Mis)use of Profitability Analysis in Competition Law Cases », *ECLR*, vol. 25, issue 7, 2004, p. 439-466.
- LOPATKA, J. E.,** « Market Definition? », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n°1/2, 2011, p. 69-93.
- LUCAS, R. E. B.,** « Hedonic Price Functions », *Economic Inquiry*, vol. 13, issue 2, 1975, p. 157-178.
- MACAFEE, R. P., MIALON, H. M., & WILLIAMS, M. A.,** « What Is a Barrier to Entry? », *Am. Eco. Rev.*, vol. 94, n° 2, 2004, p. 461-465.

MAISEL, L. C., « Submarket in Merger and Monopolization Cases », *Georgetown Law Journal*, vol. 72, n° 39, 1983.

MARKOVITS, R. S., « Why One Should Never Define Markets or Use Market-Oriented Approaches to Analyze the Legality of Business Conduct under U.S. Antitrust Law: My Arguments and a Critique of Professor Kaplow's », *Antitrust Bulletin*, vol. 57, issue 4, 2012, p. 747-885.

MARKOVITS, R. S., « Why Antitrust-Legality Analysis Should Never Be Market-Oriented: Comments on the Commentators », *Antitrust Bulletin*, vol. 57, issue 4, 2012, p. 961-978.

MARTY, F., « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *Revue de l'Observatoire Français des Conjonctures Économiques* (l'OFCE), n° 100, 2007, p. 85-120.

MARTY, F., PILLOT, J., « Droits de propriété intellectuelle et théorie des facilités essentielles : les divergences transatlantiques en matière de politiques de la concurrence », *Revue d'Économie Industrielle*, n° 129-130, p. 277-300.

MASON, E. S., « Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises », *American Economic Review* (Papers & Proceedings of the 51st Annual Meeting of the American Economic Association), vol. 29, n° 1, 1939, p. 61-74.

MODIGLIANI, F., « New Developments on the Oligopoly Front », *Journal of Political Economy*, n° 2, June 1958, p. 215-232.

MONTET, C., « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 23, 2000, p. 5-13.

MONTI, G., « The Concept of Dominance in Article 82 EC », *European Competition Law*, vol. 2, spec. issue, 2006, p. 31-52.

MORESI, S., « The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis », *The Antitrust Sources*, Feb. 2010, p. 1-12.

MOTTA, M., & DE STREEL, A., « Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law », in **EHLERMANN, C-D., & ATANASIU, I.**, (dir.), *What is an Abuse of a Dominant Position, European Competition Law Annual 2003*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 91-125.

NASH, J. F., « Equilibrium Points in N-person Games », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 1950, vol. 36, n° 1, p. 48-49.

NEVEN, D., & DE LA MANO, M., « Economics at DG Competition, 2008-2009 », *Review of Industrial Organization*, vol. 35, issue 4, 2009, p. 317-347.

NICOSIA, F. M., « Toward an Empirical Theory of Consumer Behavior on the Economics of Goods-Characteristics », *Journal of Marketing Research*, vol. 11, n° 1, 1974, p. 115-118.

- NIELS, G.**, « The SSNIP Test: Some Common Misconceptions », *Competition Law Journal*, vol. 3, 2004, p. 267- 276.
- NIGHTINGALE, J.**, « On the Definition of “Industry” and “Market” », *Journal of Industrial Economics*, vol. 27, n° 1, 1978, p. 31-40.
- NUSSENBAUM, M.**, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Les Petites Affiches, Journaux judiciaires associés*, 2005, p. 37-45.
- O'BRIEN, D. P., & WICKELGREN, A. L.**, « A Critical Analysis of Critical Loss Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 1, 2003, p. 161-184.
- OLIVER, P.**, « The Concept of “Abuse” of a Dominant Position Under Article 82 EC: Recent Developments in Relation of Pricing », *European Competition Journal*, vol. 1, n° 1, 2005, p. 315-339.
- ORDOVER, J. A., & WILLIG, R. D.**, « The 1982 Department of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment », *California Law Review*, vol. 71, 1983, p. 535-574.
- PERLOFF, J. M., & SALOP, S. C.**, « Equilibrium with Product Differentiation », *The Review of Economic Studies*, vol. 52, n° 1, 1985, p. 107-120.
- PETERS, C.**, « Evaluating the Performance of Merger Simulations: Evidence from the U.S. Airline Industry », *Journal of Law and Economics*, vol. 9, n° 2, 2006, p. 627-649.
- PITOFISKY, R.**, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review*, vol. 90, n° 7, p. 1805-1864.
- PLEATSIKAS, C., & TEECE, D.**, « The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, p. 665-693.
- PODSZUN, R.**, « The Arbitrariness of Market Definition and an Evolutionary Concept of Markets », *Antitrust Bulletin*, vol. 61, issue 1, 2016, p. 121-132.
- POILLOT-PERUZZETTO, S.**, « Les réformes de fond à l'occasion des réformes de procédure en droit communautaire de la concurrence », *Contrats. Conc. Conso.*, 2004, étude n° 8.
- POILLOT-PERUZZETTO, S.**, « L'affectation du commerce entre les États membres », in **CANIVET, G.**, (dir.), *La modernisation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, p. 51-84.
- POSE, A.**, « La théorie de la parité des pouvoirs d'achat et les faits », *Revue d'économie politique*, vol. 40, n° 4, 1926, p. 987-1013.
- POSNER, R. A.**, « Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach », *Stanford Law Review*, vol. 21, 1968, p. 1562-1606.

POSNER, R. A., & LANDES, W. M., « Market Power in Antitrust Cases », *Harvard Law Review*, vol. 94, March 1981.

RAPP, R. T., « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis », *Antitrust L. J.*, vol. 64, n° 19-20, 1995-1996.

RATCHFORD, T., « The New Economic Theory of Consumer Behavior: An Interpretive Essay », *Journal of Consumer Research*, vol. 2, n° 2, 1975, p. 65-75.

RATCHFORD, T., « Operationalizing Economic Model of Demand for Product Characteristics », *Journal of Consumer Research*, vol. 6, n° 1, 1979, p. 76-85.

REIFFEN, D., & WARD, M. R., « Generic Drug Industry Dynamics », *Review of Economics and Statistics*, vol. 87, n° 1, 2005, p. 37-49.

REYNOLDS, G., & WALTERS, C., « The Use of Customer Surveys for Market Definition and the Competitive Assessment of Horizontal Mergers », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, issue 2, 2008, p. 411-431.

ROBINSON, J., « The Industry and the Market », *Economic Journal*, vol. 66, n° 262, 1956, p. 360-361.

ROELLER, L.-H., & STEHMANN, O., « The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach », *Review of Industrial Organization*, vol. 29, 2006, p. 281-304.

ROSEN, S., « Hedonic Prices and Implicit Markets: Product Differentiation in Pure Competition », *Journal of Political Economy*, vol. 82, n° 1, p. 34-55.

SALAMON, G. L., « Accounting Rates of Return », *Am. Eco. Rev.*, vol. 75, n° 3, 1985, p. 495-504.

SALANT, S. W., SWIZER, S., & REYNOLDS, R. J., « Losses from Horizontal Mergers: The Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, n° 2, May 1983, p. 185-199.

SCHAUB, A., « International Cooperation in Antitrust Matters: Making the Point in the Wake of the Boeing/MDD Proceedings », *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 4, n° 1, fév. 1998, p. 2-5.

SCHEFFMAN, D., & COATE, M., & SILVIA, L., « Twenty Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC: An Economic Perspective », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 1, 2003, p. 277-318.

SCHEFFMAN, D., & SOMONS, J., « The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story », *The Antitrust Source*, Nov. 2003.

SCHERER, F. M., « Efficiency, Fairness and the Early Contribution of Economists to the Antitrust Debate », *Washburn Law Journal*, vol. 29, 1990, p. 243-255.

SCHMALENSEE, R., « On the Use of Economic Models in Antitrust: The ReaLemon Case », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, p. 994-1050.

SCHREYER, P., & KOECHLIN, F., « Parités de pouvoir d'achat : mesure et utilisations », *Cahiers statistiques de l'OCDE*, n° 3, mars 2002.

SCHRÖTER, H., « Le concept de “marché en cause” dans l'application des articles 66, paragraphe 7 du traité CECA et 86 du traité CEE », in *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Semaine de Bruges, De Temple, 1997.

SELTEN, R., « A Simple Model of Imperfect Competition, where Four Are Few and Six Are Many », *International Journal of Game Theory*, vol. 2, issue 1, 1973, p. 141-201.

SEVY, D., « L'évaluation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, n° 4-2010.

SHAPIRO, C., « Mergers with Differentiated Products », *Antitrust*, vol. 10, 1996, p. 23-30.

SHAPIRO, C., & FARRELL, J., « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », *B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, issue 1 (Policies – Perspectives), Article 9, 2010.

SIMS, C. A., « Money, Income, and Causality », *American Economic Review*, vol. 62, n° 4, 1972, p. 540-552.

SIMON, Y., « La Nouvelle Théorie de la Demande: Un Panorama », *Vie et Sciences Économiques*, 1976.

SIMONS, J. J., & WILLIAMS, M. A., « The Renaissance of Market Definition », *Antitrust Bull.*, vol. 38, Winter 1993, p. 799-857.

SLADE, M. E., « Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products », *Journal of Industrial Economics*, vol. 34, n° 3, 1986, p. 291-303.

SLOT, J. P., « A View from the Mountain: 40 Years of Development in Competition Law », *Common Market Law Review*, vol. 41, n° 2, 2004, p. 443-473.

SNYDER, F., « The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques », *The Modern Law Review*, vol. 56, n° 1, 1993, p. 19-54.

SOLOW, R. M., « A Contribution to the Theory of Economic Growth », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 70, n° 1, 1956, p. 65-94.

SOLOW, R. M., « Technical Change and the Aggregate Production Function », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 39, n° 3, 1957, p. 312-320.

- SOUTY, F.**, « Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux États-Unis, les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, vol. 79, 1994, p. 32-40.
- SPENCE, M.**, « Product Selection, Fixed Costs, and Monopolistic Competition », *The Review of Economics Studies*, vol. 43, n° 2, 1976, p. 217-235.
- STIGLER, G. J., & SHERWIN, R. A.**, « The Extent of the Market », *Journal of Law and Economics*, vol. 28, n° 3, 1985, p. 555-585.
- STOCK, E. J.**, « Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell Douglas Merger: Avoiding another Near-miss », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20, n° 4, 1999, p. 825-909.
- STIGLER, G. J.**, « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol. 72, issue 1, 1964, p. 44-61.
- STIGLER, G. J.**, « Comment » on the Finkelstein & Friedberg's article on « The Application of an Entropy Theory of Concentration to the Clayton Act », *Yale Law Journal*, vol. 76, n° 4, 1967, p. 718-720.
- STIGLER, G. J.**, « The Economists and the Problem of Monopoly », *American Economic Review*, vol. 72, n° 2, 1982, p. 1-11.
- STIGLER, G. J., & SHERWIN, R. A.**, « The Extent of the Market », *Journal of Law & Economics*, vol. 28, n° 3, 1985, p. 555-585.
- SUH, D.-C., MANNING, W. G., SCHONDELMAYER, S. & HADSALL, R. S.** « Effect of Multiple-Source Entry on Price Competition After Patent Expiration in the Pharmaceutical Industry », *Health Services Research*, vol. 35, n° 2, 2000, p. 529-547.
- TAYLOR, R. P., & CARSWELL, M. E.**, « Research into Developing New Idea: Innovation Markets », *Intellectual Property Antitrust*, vol. 51, 1996.
- THOMPSON, I., & HARVEY, J.**, « When to Pop the Question(s)? The Use of Surveys in Merger Control », *ECLR*, vol. 35, n° 92, 2014, p. 93-95.
- TUMASONYTE, E., DIDZIOKAITE, Z., & TARI, A.**, « State Aid to IBIDEN Hungary: Assessing the relevant market in the context of a large investment project », *Competition Policy Newsletter*, n° 2, 2008, p. 69-76.
- TURNER, D. F.**, « Antitrust Policy and the Cellophane Case », *Harvard Law Review*, vol. 70, n° 2, 1956, p. 281-318.
- UPSHAW, W. F.**, « The Relevant Market in Merger Decisions: Antitrust Concept or Antitrust Device? », *Northwestern University Law Review*, vol. 60, issue 4, 1965, p. 424-487.

- VENIT, J. S.**, « Evaluation of Concentrations under the Merger Control Regulation: The Nature of the Beast », *Fordham International Law Journal*, vol. 14, 1990, p. 412-454.
- VERLOREN VAN THEMAAT, P.**, « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, 1989, n° 2, p. 133-162.
- VEROUDEN, V., BEENGTSOON, C., & ALBAEK, S.**, « The Draft EU Notice on Horizontal Mergers: a Further Step Toward Convergence », *Antitrust Bulletin*, spring-summer 2004, p. 243-285.
- VESTERDORD, B.**, « Être à même de donner une réponse utile au juge national peut demander une connaissance approfondie du marché », Entretien, *Revue Lamy de la concurrence*, avril-juin 2006, n° 7.
- VICKER, J.**, « Market Power in Competition Cases », *ECJ*, vol. 2, spéc. issue, 2006, p. 3-14.
- VOGEL, L.**, Note de l'arrêt du TPICE du 8 juin 1995, Shaller, Lebensmittel GmbH et Co KG c./Commission, T-9/93, *Contrats – Concurrence – Consommation*, n° 130, 1995.
- VOGEL, L.**, « L'économie, serviteur ou maître du droit », in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 605-614.
- VOGEL, L.**, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 1994, n° 6, I, 3737, p. 73-86.
- WALLACE, D. H.**, « Monopolistic Competition and Public Policy », *Am. Eco. Rev.*, vol. 26, n° 1, March 1936, p. 77-87.
- WARELL, L.**, « Defining Geographic Coal Markets Using Price Data and Shipments Data », *Energy Policy*, vol. 33, n° 17, 2005, p. 2216-2230.
- WEITBRECHT, A.**, « EU Merger Control in 2004: An Overview », *European Competition Law Review*, vol. 26, n° 2, 2005, p. 67-74.
- WELLENS, K. C., & BORCHARDT, M.**, « Soft Law in European Community Law », *European Law Review*, vol. 14, 1989, p. 267-321.
- WERDEN, G. J.**, « The Use and Misuse of Shipments Data in Defining Geographic Markets », *Antitrust Bulletin*, vol. 26, issue 4, 1981, p. 719-738.
- WERDEN, G. J.**, « Horizontal Merger: Comment », *American Economic Review*, vol. 81, n° 4, 1991, p. 1002-1006.
- WERDEN, G. J.**, « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette Law Review*, vol. 76, issue 1, 1992, p. 123-215.
- WERDEN, G. J.**, « Four Suggestions on Market Definition », *Antitrust Bulletin*, vol. 37, 1992, p. 107-121.

- WERDEN, G. J., & FROEB, L. M.**, « Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, vol. 8, 1993, p. 329-353.
- WERDEN, G. J., & FROEB, L. M.**, « The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy », *Journal of Law, Economics and Organization*, 1994a.
- WERDEN, G. J., & FROEB, L. M.**, « Choosing among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects », *European Competition Journal*, vol. 7, issue 2, 2011, p. 155-178.
- WERDEN, G. J., & FROEB, L. M., & SCHEFFMAN, D. T.**, « A Daubert Discipline for Merger Simulation », *Antitrust*, vol. 18, n° 89, 2004, p. 89-95, spéc. p. 94.
- WERDEN, G. J.**, « The Use and Misuse of Shipments Data in Defining Geographic Markets », *Antitrust Bulletin*, vol. 26, n° 4, 1981, p. 719-737.
- WERDEN, G. J.**, « Four Suggestions on Market Delineation », *Antitrust Bulletin*, vol. 37, 1992, p. 107-121.
- WERDEN, G. J., & FROEB, L. M.**, « The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 10, n° 2, 1994, p. 407-426.
- WERDEN, G. J.**, « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide », in **CASWELL, J. A., & COTTERILL, R. W.**, (dir.), *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues*, 1997, p. 95-109.
- WERDEN, G. J.**, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 66, n° 2, 1998, p.363-414.
- WERDEN, G. J.**, « Assigning Market Shares », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, n° 1, 2002, p. 67-104.
- WERDEN, G. J.**, « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, 2003, p. 253-269.
- WIDWELL, N. A.**, « The Crystal Ball of Innovation Market Analysis in Merger Review: An Appropriate Means of Predicting the Future? », *George Mason Law Review*, vol. 4, 1996, p. 369-392.
- WIETHAUS, L., & NITSCHKE, R.**, « Upward Pricing Pressure Analysis: Critical Issues in Recent Applications », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 6, Issue 1, 2015, p. 48-53.
- WHITE, L. J.**, « Antitrust and Merger Policy: A Review and Critique », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, n° 2, 1987, p. 13-2.

WILLIG, R. D., « Merger Analysis, Industrial Organisation Theory and Merger Guidelines », *Brookings Papers: Microeconomics*, 1991, p. 281-332.

WILLIG, R. D., « Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1-2, 2011, p. 19-38.

WISE, M., « Droit et Politique de la concurrence dans l'Union européenne », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 9, 2007, p. 7-98.

WU, D-M., « Tests of Causality, Predeterminedness and Exogeneity », *International Economic Review*, vol. 24, n° 3, 1983, p. 547-558.

ZIMMERMAN, P. R., « Evaluating the Relative Performance of Upward Pricing Pressure Screens with Share-Based Diversion Ratios », *European Competition Journal*, vol. 7, n° 3, 2011, p. 407-420.

4. TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES – LIGNES DIRECTRICES – COMMUNICATIONS

EUROPE

Traité de Rome instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) du 25 mars 1957.

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés Européennes et certains actes connexes du 2 octobre 1997.

Traité de Lisbonne sur le Fonctionnement de l'Union Européen, JOUE C 326 du 26 octobre 2012.

Règlement (CEE) n° 17 du Conseil : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE 13 du 21 février 1962.

Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE L 395 du 30 décembre 1989.

Règlement (CEE) n° 1768/92 du 18 juin 1992 concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments entré en vigueur le 2 janv. 1993.

Règlement (CE) n° 1216/1999 du Conseil du 10 juin 1999, JOCE L 148 du 15 juin 1999.

Règlement (CE) n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concernés, JOCE L 336 du 29 décembre 1999.

Règlement (CE) n° 2659/2000 du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81§3 du traité CE à des catégories d'accords de recherche et de développement, JOCE L 304 du 5 déc. 2000.

Règlement (CE) n° 2658/2000 du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81§3 du traité CE à des catégories d'accords de spécialisation, JOCE L 304 du 5 déc. 2000.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003.

Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 21 janvier 2004.

Règlement CE n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 133 du 30 avril 2004.

Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE L 123/18 du 27 avril 2004.

Règlement (CE) n° 469/2009 du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, entré en vigueur le 6 juillet 2009, JOUE L 152 du 16 juin 2009.

Règlement (UE) n° 330/2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 102 du 23 avril 2010.

Règlement (UE) n° 461/2010 du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JOUE L 129 du 28 mai 2010.

Règlement de procédure de la Cour de Justice du 29 septembre 2012, JOUE L 265 du 29 septembre 2012.

Règlement d'exécution (UE) n° 129/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 336 du 14 déc. 2013.

Règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Règlement (EU, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015, JOUE L 241 du 24 déc. 2015.

Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5 du Traité CECA, JOCE C 9 du 14 janv. 1998.

Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE C 165/03 du 11 juillet 2002.

Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004.

Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, JOUE C 101/97 du 27 avril 2004.

Lignes directrices sur le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JOUE C 210 du 1^{er} septembre 2006.

Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265/07 du 18 oct. 2008.

Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130 du 19 mai 2010.

Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontales, JOUE C 11 du 14 janvier 2011.

Communication de la Commission relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, JOCE C 75 du 29 juillet 1968.

Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C 313 du 29 décembre 1977.

Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JOCE C 231 du 12 septembre 1986.

Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne, JOCE C 372 du 9 décembre 1997.

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 9 décembre 1997.

Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, Cadre général, marchés en cause et principes, JOCE C 265/2 du 22 août 1998.

Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 §1 du traité instituant la Communauté européenne (Communication *de minimis*), JOCE C 368 du 22 décembre 2001.

Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE C 101 du 27 avril 2004.

Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE C 56 du 5 mars 2005.

Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 fév. 2009.

Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Communication *de minimis*), JOUE C 291 du 30 août 2014.

Communication de la Commission relative aux critères d'appréciation approfondie des aides régionales en faveur de grands projets d'investissement, JOUE C 223 du 16 septembre 2009.

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), JOCE L 108 du 24 avril 2002.

Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE L 337 du 18 décembre 2009.

ÉTATS-UNIS

DOJ, Merger Guidelines, 1982.

DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, 2 April 1992.

DOJ & FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 6 April 1995.

DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, 19 August 2010.

VIETNAM

Décret n° 116/2005/NĐ-CP relatif à l'application précise de certaines dispositions de la loi de la concurrence de 2004.

Décret n° 120/2005/NĐ-CP du 30 septembre 2005 du Gouvernement relatif à la mise en œuvre des règles de sanctions en matière de la concurrence.

Décret n° 71/2014/NĐ-CP du Gouvernement du 21 juillet 2014 relatif à la mise en œuvre des règles de sanctions en matière de la concurrence.

Loi de la concurrence, n° 27/2004/QH11 du 3 décembre 2004.

Loi de la concurrence, n° 23/2018/QH14 du 12 juin 2018.

Projet de décret de l'application précise de certaines dispositions de la loi de la concurrence de 2018.

AUTRE PAYS

Allemagne

Loi allemande sur les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), 2017.

Australie

Lignes directrices de la Commission Australienne de la concurrence et de la consommation sur les concentrations (*Australian Competition and Consumer Commission, Merger Guidelines*), novembre 2008.

France

Code de Commerce français.

Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence française relatives au contrôle des concentrations, révisées en juillet 2013.

Royaume-Uni

CC, Market Investigation References: Competition Commission Guidelines, CC3, 2003.

CC, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, 2013.

CC & OFT, Merger Assessment Guidelines, September 2010.

OFT, Guidelines on Assessment of Individual Agreements and Conduct, n° 414, 1999.

OFT, Guideline on Assessment of Conduct - Draft Competition Law Guideline for Consultation, n° 414a, 2004.

5. RAPPORTS, DISCOURS, DOCUMENTS DE TRAVAIL ET AUTRES DOCUMENTS

Rapports

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, Report and Recommendations, April 2007, disponible sur le site https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1228317/m2/1/high_res_d/amc_final_report.pdf (consulté le 30 septembre 2019).

BARNES, S.N., & CHESERFIELD OPPENHEIM, S., Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, Washington D.C, U.S. Government Printing Office, 1955.

BUNDESKARTELLAMT, Report No. 1389/03 of the competition working party to the Permanent Representatives Committee, 24 octobre 2003, disponible sur le site <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st13892.en03.pdf> (consulté le 4 décembre 2014).

BUNDESKARTELLAMT, *Report No.15122/03 of the Permanent Representatives Committee to the Council*, 21 novembre, 2003, disponible sur le site <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st15/st15122.en03.pdf> (consulté le 4 décembre 2014).

C.E., Le *XXI^{ème}* Rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1991.

C.E., Le *XXII^{ème}* Rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1992.

C.E., Le *XXIII^{ème}* Rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1993.

C.E., Rapport sur l'application des articles 81 CE et 82 CE par les juridictions nationales des États membres, Office des publications officielles de la Communauté, Luxembourg, 1997.

C.E., Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOUE L 295/79 du 11 octobre 2014.

C.E., Rapport annuel de la DG de la concurrence de 2016.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, Rapport d'activité pour l'année 2000.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, Rapport d'activité pour l'année 2007.

COUR DE CASSATION, Rapport annuel pour l'année 2009.

ENCAOUA, D., et GUESNERIE, R., « Politique de la concurrence », Rapport au Conseil d'Analyse Economique, Paris, *La Documentation française*, 2006.

EPSTEIN, R. J., & RUBINFELD, D. L., « Technical Report for DG Competition, Effects of Mergers Involving Differentiated Products », COMP/B1/2003/07, October 2004.

FTC & DOJ, « Improving Health Care: A Dose of Competition » Report, July 2004.

GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., REY, R., SCHMIDT, K., & STENBACKA, R., « An Economic Approach to Article 82 », *Rapport du groupe consultatif*

économique pour la politique de concurrence (EAGCP), disponible sur le site https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P., & TIROLE, J., « The Economics of Unilateral Effects », *Rapport pour la DG de la concurrence de la Commission européenne*, mars 2003, disponible sur le site http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/wp/2003/economics_unilaterals.pdf (consulté le 15 décembre 2014).

IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P., & TIROLE, J., « The Economics of Tacit Collusion », IDEI Toulouse, *Rapport pour la Commission européenne*, mars 2003.

KATZ, M. L., & SHELANSKI, H. A., « Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change? », in *Innovation Policy and the Economy*, NBER Working papers, vol. 5, The MIT Press, 2005.

LE, D. B., & NGUYEN, A. D., « Use of Economic Evidence – Experience from APEC Members and Implications to APEC Developing Economies and Viet Nam », APEC Economic Committee, March 2018.

MINISTERE DU COMMERCE du Vietnam, *Rapport des accueils et des réponses relatifs aux opinions des députés du Gouvernement sur le projet de la Loi de la concurrence*, Hanoï, le 13 juillet 2004.

PADILLA, A. J., « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market in Merger Control », *Report for DG Enterprise A/4, European Commission*, 2001, disponible sur le site https://ec.europa.eu/growth/content/role-supply-side-substitution-definition-relevant-market-merger-control-0_fr (consulté le 3 oct. 2019).

RBB ECONOMICS, « Conjectural Variations and Competition Policy: Theory and Empirical Techniques », *Rapport pour l'Office Fair Trading*, Oct. 2011.

VCA, *Rapport sur les concentrations économiques au Vietnam en 2014*, disponible sur le site <http://www.vca.gov.vn/Bublications.aspx?CateID=18> (consulté le 4 oct. 2014).

Discours

ALMUNIA, J., « Policy Objectives in Merger Control », *Fordham Competition Conference*, Speech/11/561, 8 September 2011, disponible sur le site https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-561_en.htm?locale=en (consulté le 23 septembre 2019).

MONTI, M., « Merger Control in the European Union: A Radical Reform », discours prononcé dans la conférence de la Commission européenne sur le contrôle des concentrations, 7 novembre 2002, Bruxelles, p. 4, disponible sur le site : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-545_en.htm?locale=en (consulté le 4 décembre 2014).

SAUVÉ, J.-M., « Entreprise et la sécurité juridique », discours d'ouverture du colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État, 21 novembre 2014, disponible sur le site <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-entreprise-et-la-securite-juridique> (consulté le 3 oct. 2019).

VESTAGER, M., « Fairness and Competition », *GCLC Annual Conference*, Brussels, 25 January 2018.

Documents de travail

BKER, J. B., « Why Price Correlations Do Not Define Antitrust Markets: On Econometric Algorithms For Market Definition », Federal Trade Commission, Bureau of Economics, *Working Paper n° 149*, January 1987.

BALTZOPOULOS, A., KIM, J., & MANDORFF, M., « UPP Analysis in Five Recent Merger Cases », *Working Paper Series in Law and Economics*, Konkurrensverket, 2015.

CAPPS, C. S., DRANOVE, D., GREENSTEIN, S., & SATTERTHWAITE, M., « The Silent Majority Fallacy of the Elzinga-Hogarty Criteria: A Critique and New Approach to Analyzing Hospital Mergers », *National Bureau of Economic Research*, Working Paper n° 8216, April 2001.

FERNANDES, P., « On Exploitative Excessive Pricing under EC Law », *Reckon Working Paper*, Autoridade da Concorrência, Lisbon, 9 janv. 2006.

FIUZA, E. P. S., « Relevant Market Delineation and Horizontal Merger Simulation: A Unified Approach », Discussion Papers 0185, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPED.

GÉRADIN, D., « The Necessary Limits to the Control of “Excessive” Prices by Competition Authorities – A View from Europe », *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, 2007, disponible sur le site https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678 (consulté le 20 août 2018).

GEROSKI, P. A., & GRIFFITH, R., « Identifying Anti-Trust Markets », IFS Working Papers, No. 03/01, Institute for Fiscal Studies (IFS), London, 2003.

HATFIELD, J. W., KOMINERS, S. D., NICHIFOR, Z., OSTROVSKY, M., & WESTKAMP, A., « Full Substitutability », *Working Paper in the Proceedings of the 16th ACM Conference on Electronic Commerce*, 29 August 2017, p. 9-10.

HATZITASKOS, K., CARD, D., & HOWELL, V., « Guidelines on Quantitative Techniques for Competition Analysis », Paper prepared for the Regional Competition Center for Latin America, 2012, disponible sur le site <https://www.cornerstone.com/Publications/Articles/Guidelines-Quantitative-Techniques-for-Competition> (consulté le 1^{er} octobre 2019).

HEGER, D., & KRAFT, K., « Barriers to entry and Profitability », *ZEW Discussion Papers*, n° 08-071, Center for European Economic Research, 2008.

HELLWIG, M., & HÜSCHEL RATH, K., « Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the European Union 2001 – 2015: A Quantitative Assessment », *Discussion Paper N° 16-063*, *ZEW Centre for European Economic Research*, September 2016.

IVALDI, M., & SZABOLCS, L., « A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers », *CEPR Discussion Paper* n° 4917, 2005.

IVALDI, M., & SZABOLCS, L., « Implementing Relevant Market Tests in Antitrust Policy: Application to Computer Servers », *Review of Law and Economics*, vol. 7, n° 1, 2011, p. 31-73.

KIMMEL, S., « Price Correlation and Market Definition », U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Economic Analysis Group Discussion Paper, EAG 87-8, 1987.

MANTIN, B., & GILLEN, D., & DELIBASI, T. T., « Measuring Competition Intensity and Product Differentiation: Evidence from the Airline Industry », Hitotsubashi University, GRIPS seminar, Tokyo, 2016.

OFT, « Quantitative Techniques in Competition Analysis », *Research paper*, October 1999.

PITTMAN, R. W., « Who Are You Calling Irrational? Marginal Costs, Variable Costs, and the Pricing Practices of Firms », *U.S. Department of Justice Economic Analysis Group Discussion Papers*, EAG 09-3, July 2009.

PROSPERETTI, L., « Market Definition: The Economic Approach », invited paper at the Association of European Competition Law Judges Conference, Rotterdam, 15 June 2007.

RUBINFELD, D. L., « Antitrust Damages », in *Workshop of the EC on the quantification of antitrust harm in actions for damages*, 26 January 2010, disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/rubinfeld.pdf> (consulté le 10 oct. 2014).

SALOP, S. C., & MORESI, S., « Updating the Merger Guidelines: Comments », disponible sur le site <https://www.ftc.gov/os/comments/horizontalmergerguides/545095-00032.pdf> (consulté le 3 février 2018).

WEINBERG, M., & HOSKENS, D., « Using Mergers to Test a Model of Oligopoly », *Working Paper*, Bryn Mawr College, 2009.

WEINBERG, M., « More Evidence on the Performance of Merger Simulations », *American Economic Review*, vol. 101, n° 3, Paper & Proceedings of the 123rd Annual Meeting of the American Economic Association, 2011, p. 51-55.

WHALEN, G., « Time Series Methods in Geographic Market Definition in Banking », paper presented at the Atlantic Economic Association Meetings, 1990.

YOSHIMOTO, H., « Reliability Examination in Horizontal-Merger Price Simulations: An Ex-Post Evaluation of the Gap between Predicted and Observed Prices in the 1998 Hyundai-Kia

Merger », 2016, disponible sur le site https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400108 (consulté le 4 juin 2019).

Autres documents

CREDA, Colloque sur la Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, 6 décembre 2000, *Gazette du Palais, Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire*, n° 313-314 du 9-10 novembre 2001.

C.E., Communiqué de presse de la Commission européenne du 11 avril 1997, « Accord avec Belgacom concernant la publication des annuaires téléphoniques – ITT retire sa plainte », IP/97/292.

C.E., Livre vert – La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, COM (96) 721 final, adopté par la Commission le 22 janvier 1997, disponible au site : http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_fr.pdf (consulté le 4 oct. 2014).

C.E., Suivi du Livre vert sur les restrictions verticales, Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales du 30 septembre 1998, JOCE C 365 du 26 nov. 1998.

C.E., Livre Vert sur la révision du Règlement (CEE) 4064/89, COM (2001) 745/6 du 11 décembre 2001.

C.E., Projet de communication de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C 331 du 31 décembre 2002.

C.E., Projet de Règlement du Conseil relative au contrôle des concentrations entre entreprises, COM (2002), 711 final, JO C 20 du 28 janvier 2003.

C.E., DG Competition's Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20 janvier 2004.

C.E., « Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique », 2008.

C.E., DG Competition's Best Practices on the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger cases, 17 oct. 2011.

C.E., Communiqué de presse « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une enquête sur un éventuel comportement anticoncurrentiel d'Amazon », 17 juillet 2019, disponible sur le site https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_fr.htm (consulté le 1^{er} octobre 2019).

CNUCED, « Modalités et procédures de coopération internationale dans les affaires de concurrence qui concernent plus d'un pays », TD/B/C.I/CLP/21, 26 avril 2013.

CNUCED, « Coopération informelle intervenant dans certains cas entre organismes de concurrence », TD/B/C.I/CLP/29, 28 avril 2014.

CRA International, An Introduction to Quantitative Techniques in Competition Analysis, 2003.

DEFFAINS, B., « La sanction des pratiques anticoncurrentielles », Séminaire NASS du 3 mai 2016, disponible sur le site <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/424017> (consulté le 3 octobre 2019).

DOJ, Communiqué de presse du 15 juillet 1998 « Justice Department Clears Worldcom/MCI Merger After MCI Agrees to Sell Its Internet Business ».

DOJ, Communiqué de presse du 2 nov. 2001, « Department of Justice and Microsoft Corporation Reach Effective Settlement on Antitrust Law suit ».

DOJ, Communiqué de presse du 2 mai 2001 « Justice Department Requires Divestures in Merger Between General Electric and Honeywell ».

ICN, Report on Merger Guidelines, Chapter 2, Seoul, April 2004.

ICN, Investigative Techniques Handbook for Merger Review, 2005.

ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, disponible sur le site https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RPsforMergerAnalysis.pdf (consulté le 3 octobre 2019).

ICN, Merger Guidelines Workbook, April 2006, disponible sur le site https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf (consulté le 3 octobre 2019).

MINISTÈRE DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION DU VIETNAM, Livre Blanc de l'Informatique et de la Communication de 2014 disponible sur le <http://english.mic.gov.vn/Upload/Store/tintuc/vietnam/43/Sach-Trang-2014-final.pdf> (consulté le 9 oct. 2014).

OCDE, Application of Competition Policy to High Tech Markets, OCDE/GD (97)44, 1996.

ODCE, Manuel d'Oslo, Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation, Paris, 1^{re} éd., 1992 (2^e éd., 1996 et 3^e éd., 2005).

ODCE, « Barrières à l'entrée », 2005, document publié en 2006 et disponible sur le site <http://www.oecd.org/competition/abuse/36344429.pdf> (consulté le 7 décembre 2014).

OCDE, Competition in Bidding Markets, DAF/COMP (2006) 31, 4 June 2007.

OCDE, « Techniques and Evidentiary Issues in Proving Dominance », 2006, disponible sur le site <http://www.oecd.org/competition/abuse/41651328.pdf> (consulté le 5 décembre 2014).

OCDE, « Pouvoir de marché substantiel et concurrences », 2008.

OCDE, Définition du marché pertinent, DAF/COMP (2012)13/REV1, 10 octobre 2012.

OCDE, Economic Evidence in Merger Analysis, présentation de la délégation de la Commission européenne, DAF/COMP (2011)23, 27 juill. 2012.

OCDE, The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP (2013)17, 28 oct. 2013.

OCDE, Coopération internationale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, 2014.

OCDE, Digital Convergence and Beyond: Innovation, Investment, and Competition in Communication Policy and Regulation for the 21st Century, 24 May 2016.

OCDE, Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence, DAF/COMP/GF (2016)14, 16 mai 2018.

OMC, Rapport du Groupe spécial, « Corée – Taxes sur les boissons alcooliques », WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 septembre 1998.

NERA, « Market definition in UK competition policy », Office of Fair Trading, OFTRP1, 1992.

NERA, « EC Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or per se Policy ? », *NERA Competition Brief*, n° 13, 2000.

RESCHE-RICARD, C., « Étude préliminaire du discours de présentation de la notion de marché dans les manuels d'introduction aux principes de l'économie », ASp (en ligne), n° 49-50, 2006, p.93-118.

UNCTAD, « The Use of Economic Analysis in Competition Cases », TD/B/C.I/CLP/4, 28 April 2009, disponible sur le site https://unctad.org/en/Docs/ciclpd4_en.pdf (consulté le 13 oct. 2019).

ALLEMAGNE, Agenda Numérique en Allemagne, disponible sur le site <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Digitale-Welt/digitale-agenda.html> (consulté le 4 octobre 2017).

BELGIQUE, Plan pour un internet à très haut débit en Belgique (2015-2020), disponible sur le site <http://digitalbelgium.be/> (consulté le 4 octobre 2017).

BLOOMBERG, « Facebook's Libra Currency Gets European Union Antitrust Scrutiny », 20 August, 2019, disponible sur le site <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-08-20/facebook-s-libra-currency-gets-european-union-antitrust-scrutiny> (consulté le 1^{er} octobre 2019).

BUNDESKARTELLAMT, « Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources », 7 février 2019, disponible sur le site https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (consulté le 1^{er} octobre 2019).

C.E., L'Agenda Numérique pour le très haut débit en Europe adopté en août 2010, disponible sur le site <https://ec.europa.eu/digital-single-market/> (consulté le 4 octobre 2017).

FIGER, J-P., « Les grandes tendances de l'évolution de l'informatique 1950-2010 », disponible sur le site <http://www.figer.com/Publications/evolution.htm> (consulté le 25 novembre 2017).

FINANCIAL TIME, « Facebook cryptocurrency investigated by EU », 21 August 2019, disponible sur le site <https://www.ft.com/content/02fe16e6-c402-11e9-a8e9-296ca66511c9> (consulté le 1^{er} octobre 2019).

FRANCE, Plan France Très Haut Débit, disponible sur le site <http://www.francethd.fr/> (consulté le 4 octobre 2017).

SPORTIFY, « « Consumers and Innovators Win on a Level Playing Field », 13 March 2019, disponible sur le site <https://newsroom.spotify.com/2019-03-13/consumers-and-innovators-win-on-a-level-playing-field/> (consulté le 1^{er} octobre 2019).

6. JURISPRUDENCE

Union européenne

Cour de Justice de l'Union Européen

Arrêt de la CJCE du 13 juillet 1966, *Grundig et Consten*, C-56 et 58/64, *Rec. p.* 429.

Arrêt de la CJCE du 30 juin 1966, *Société Technique Minière c./Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U)*, C-56/65, *Rec. p.* 337.

Arrêt de la CJCE du 9 juillet 1969, *Franz Völk c./S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, C-5/69, *Rec. p.* 295.

Arrêt de la CJCE du 18 février 1971, *Sirena c./Eda et a.*, C-40/70, *Rec. p.* 69.

Arrêt de la CJCE du 6 mai 1971, *Cadillon c./Höss*, C-1/71, *Rec. p.* 351.

Arrêt de la CJCE du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c./Metro*, C-78/70, *Rec. p.* 48.

Arrêt de la CJCE du 25 nov. 1971, *Béguelin Import Co c./S.A.G.L. Import Export*, C-22/71, *Rec. p.* 949.

Arrêt du 14 juillet 1972, *ICI c./Commission*, C-48/69, *Rec. p.* 619.

Arrêt de la CJCE du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c./Commission*, C-6/72, *Rec. p.* 215.

Arrêt de la CJCE du 19 juin 1973, *Capolongo*, C-77/73, *Rec. p.* 611.

Arrêt de la CJCE du 6 mars 1974, *Commercial Solvents c./Commission*, C-6-7/73, *Rec. p.* 223.

Arrêt de la CJCE du 30 avril 1974, *Sacchi*, C-155/73, *Rec. p.* 409.

Arrêt de la CJCE du 13 nov. 1975, *General Motors Continental NV c./Commission*, C-26/75, *Rec.* p. 1367.

Arrêt du CJCE du 16 déc. 1975, *Suiker Unie e.a. c./Commission*, aff. jtes. C-40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113, 114/73, *Rec.* p. 1163.

Arrêt de la CJCE du 25 oct. 1977, *Metro c./Commission*, C-26/76, *Rec.* p. 1875.

Arrêt de la CJCE du 1 fév. 1978, *Miller International Schallplatten GmbH c./ Commission*, C-19/77, *Rec.* p. 131.

Arrêt de la CJCE du 14 février 1978, *United Brands c./Commission*, C-27/76, *Rec.* p. 207.

Arrêt de la CJCE du 20 juin 1978, *Tepea BV c./ Commission*, C-28/77, *Rec.* p. 1391.

Arrêt de la CJCE du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, C-85/76, *Rec.* p. 461.

Arrêt de la CJCE du 10 juillet 1980, *Distillers Co. c./ Commission*, C-30/78, *Rec.* p. 2229.

Arrêt de la CJCE du 11 déc. 1980, *NV L'Oréal et SA L'Oréal c./PVBA De Nieuwe AMCK*, C-31/80, *Rec.* p. 3775.

Arrêt de la CJCE du 1^{er} avril 1982, *Holdijk*, C-141 à 143/81, *Rec.* p. 1299.

Arrêt de la CJCE du 9 nov. 1983, *NV Nederlandsche banden Industrie Michelin c./Commission*, C-322/81, *Rec.* p. 3461.

Arrêt de la CJCE du 21 fév. 1984, *Hasselblad c./ Commission*, C-86/82, *Rec.* p. 883.

Arrêt de la CJCE du 11 nov. 1986, *British Leyland Public Limited Company c./Commission*, C-226/84, *Rec.* p. 3263.

Arrêt de la CJCE du 18 décembre 1986, *VAG France SA c./Établissements Magne SA*, C-10/86, *Rec.* p. 4071.

Arrêt de la CJCE du 4 mai 1988, *Corinne Bodson c./SA Pompes funèbres des régions libérées*, C-30/87, *Rec.* p. I-1479.

Arrêt de la CJCE du 14 fév. 1990, *Société française de Biscuits Delacre e.a.c./Commission*, C-350/88, *Rec.* p. I-395.

Arrêt de la CJCE du 28 février 1991, *Stergios Delimitis c./Henninger Bräu AG*, C-234/89, *Rec.* p. I-935.

Arrêt de la CJCE du 3 juill. 1991, *AKZO Chemie BV c./Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359.

Arrêt de la CJCE du 10 déc. 1991, *Merci Convenzionali porto di Genova SpA c./Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, *Rec.* p. I- 5889.

Arrêt de la CJCE du 26 jan. 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, C-320/90 à C-322/90, *Rec.* p. I-393.

Arrêt de la CJCE du 14 nov. 1996, *Tetra Pak c./Commission*, C-333/94, *Rec.* p. I-5951.

Arrêt de la CJCE du 24 oct. 1996, *Allemagne e.a. c./Commission*, aff. jtes. C-329/93, C-62/95 et C-63/95, Rec. p. I-5151.

Arrêt de la CJCE du 18 mars 1997, *Guérin automobiles c./Commission*, C-282/95 P, Rec. p. I-1503.

Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, *France e.a. c./Commission*, C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375.

Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA c./Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96P, Rec. p. I-1365.

Arrêt de la CJCE du 13 avril 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, C-176/96, Rec. p. I-2681.

Arrêt de la CJCE du 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, C-292/97, Rec. p. I-2737.

Arrêt de la CJCE du 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, Rec. p. I-1795.

Arrêt de la CJCE du 12 juillet 2001, *Vanbraekel e.a.*, C-368/98, Rec. p. I-5363.

Arrêt de la CJCE du 11 septembre 2003, *Altair Chimica*, C-207/01, Rec. p. I-8875.

Arrêt de la CJCE du 17 fév. 2005, *Viacom c./Giotto*, C-134/03, Rec. p. I-1167.

Arrêt de la CJCE du 23 nov. 2006, *Asnef-Équifax et Administración del Estado*, C-238/05, Rec. p. I-11125.

Arrêt de la CJCE du 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, Rec. p. I-2999.

Arrêt de la CJCE du 13 déc. 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, C-250/06, Rec. p. I-11135.

Arrêt de la CJCE du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony c./Impala*, C-413/06P, Rec. p. I-4951.

Arrêt de la CJCE du 16 septembre 2008, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, *Sot.Lélos kai Sia EE e.a.c./GlaxoSmithKline*, Rec. p. I-7139.

Arrêt de la CJCE du 1^{er} oct. 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, Rec. p. I-9021.

Arrêt de la CJCE du 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, Rec. p. I-2055.

Arrêt de la CJUE du 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom AG c./Commission*, C-280/08P, Rec. p. I-9607.

Arrêt de la CJUE du 17 fév. 2011, *Konkurrensverket c./TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, Rec. p. I-527.

Arrêt de la CJUE du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S c./Konkurrencerådet*, C-209/10, Rec. numérique.

Arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012, *AstraZeneca c./Commission*, C-457/10P, Rec. numérique.

Arrêt de la CJUE du 13 décembre 2012, *Expédia Inc c./ Autorité de la concurrence e.a.*, C-226/11, *Rec. numérique*.

Arrêt de la CJUE du 28 fév. 2013, *Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas*, C-1/12, *Rec. numérique*.

Arrêt de la CJUE du 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a. c./ Commission*, C-444/11P, non publiée.

Arrêt de la CJUE du 9 octobre 2014, *Industries Chimiques du Fluor SA c./Commission*, C-467/13P, *Rec. numérique*.

Arrêt de la CJUE du 6 oct. 2015, *Post Danmark A/S c./ Konkurrencerådet*, C-23/14, *Rec. numérique*.

Arrêt de la CJUE du 20 janvier 2016, *Toshiba c./ Commission*, C-373/14P.

Arrêt de la CJUE du 6 sept. 2017, *Intel Corp. c./Commission*, C-413/14 P (pas encore publié).

Arrêt de la CJUE du 14 sept. 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c./ Konkurences padome*, C-177/16 (pas encore publié).

Ordonnance de la CJCE du 19 mars 1993, *Banchero*, C-157/92, *Rec. p. I-1085*.

Ordonnance de la CJCE du 30 avril 1998, *Testa et Modesti*, C-128/97 et C- 137/97, *Rec. p. I-2181*.

Ordonnance de la CJCE du 8 juillet 1998, *Agostini*, C-9/98, *Rec. p. I-4261*.

Ordonnance de la CJCE du 2 mars 1999, *Colonia Versicherung e.a.*, C-422/98, *Rec. p. I-1279*.

Ordonnance de la CJCE du 28 juin 2000, *Laguillaumie*, C-116/00, *Rec. p. I-4979*.

Ordonnance de la CJCE du 8 oct. 2002, *Viacom*, C-190/02, *Rec. p. I-8287*.

Ordonnance de la CJCE du 14 juin 2005, *Caseificio Valdagnese*, C-358/04, non publiée.

Ordonnance de la CJUE du 25 fév. 2010, *Santa Casa da Misericordia de Lisboa*, C-55/08, *Rec. p. I-22*.

Tribunal de l'Union Européenne

Arrêt du TPICE du 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann c./Commission*, T-69/89, *Rec. p. II-485*.

Arrêt du TPICE du 12 décembre 1991, *Hilti AG c./Commission*, T-30/89, *Rec. p. II-1439*.

Arrêt du TPICE du 10 mars 1992, *Societa Italiano Vetro c./Commission*, T-68/89 et 77/89, *Rec. p. II-1403*.

Arrêt du TPICE du 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum c./Commission*, T-65/89, *Rec.* p. II-389.

Arrêt du TPICE du 15 juillet 1994, *Matra Hachette c./Commission*, T-17/93, *Rec.* p. II-595.

Arrêt du TPICE du 6 oct. 1994, *Tetra Pak International SA c./Commission* (Tetra Pak II), T-83/91, *Rec.* p. II-755.

Arrêt du TPICE du 8 juin 1995, *Langese Iglo GmbH c./Commission*, T-7/93, *Rec.* p. II-1533.

Arrêt du TPICE du 22 oct. 1997, *SCK & FNK c./Commission*, aff. jtes. T-213/95 et T-18/96, *Rec.* p. II-1739.

Arrêt du TPICE du 25 mars 1999, *Gencor c./Commission*, T-102/99, *Rec.* p. II-753.

Arrêt du TPICE du 9 sept. 1999, *UPS Europe c./Commission*, T-127/98, *Rec.* p. II-2633.

Arrêt du TPICE du 7 oct. 1999, *Irish Sugar plc c./Commission*, T-228/97, *Rec.* p. II-2969.

Arrêt du TPICE du 22 mars 2000, *Coca-Cola c./Commission*, T-125/97 et T-127/97, *Rec.* p. II-1733.

Arrêt du TPICE du 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c./Commission*, T-62/98, *Rec.* p. II-2707.

Arrêt du TPICE du 5 juillet 2001, *Colin Arthur Roberts & Valérie Ann Roberts c./Commission*, T-25/99, *Rec.* p. II-1881.

Arrêt du TPICE du 22 nov. 2001, *AAMS c./Commission*, T-139/98, *Rec.* p. II-3413.

Arrêt du TPICE du 6 juin 2002, *Airtours plc c./Commission*, T-342/99, *Rec.* p. II-02585.

Arrêt du TPICE du 22 oct. 2002, *Schneider Electric SA c./Commission*, T-310/01, *Rec.* p. II-4071.

Arrêt du TPICE du 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c./Commission*, T-5/02, *Rec.* p. II-4381.

Arrêt du TPICE du 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c./Commission*, T-80/02, *Rec.* p. II-04519.

Arrêt du TPICE du 19 mars 2003, *CMA CGM e.a c./Commission*, T-213/00, *Rec.* p. II-913.

Arrêt du TPICE du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a c./Commission*, T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec.* p. II-3275.

Arrêt du TPICE du 30 septembre 2003, *Michelin c./Commission* (*Michelin II*), T-203/01, *Rec.* p. II-4082.

Arrêt du TPICE du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods c./Commission*, T-65/98, *Rec.* p. II-4662.

Arrêt du TPICE du 16 décembre 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied & Technische Unie BV c./Commission*, T-5/00 et T-6/00, *Rec.* p. II-5761.

Arrêt du TPICE du 17 décembre 2003, *British Airways plc c./Commission*, T-219/99, *Rec.* p. II-5917.

Arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, *General Electric c./Commission*, T-210/01, *Rec.* p. II-05575.

Arrêt du TPICE du 23 fév. 2006, *Cemenbouw Handel & Industrie BV c./ Commission*, T-282/02, *Rec.* p. II-319.

Arrêt du TPICE du 13 juillet 2006, *Impala c./Commission*, t-464/04, *Rec.* p. II-02289.

Arrêts du TPICE du 14 déc. 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a. c./Commission*, aff. jtes. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, *Rec.* p. II-5169.

Arrêt du TPICE du 30 janvier 2007, *France Telecom SA c./Commission*, T-340/03, *Rec.* p. II-107.

Arrêt du Tribunal du 17 sept. 2007, *Microsoft Corp. c./Commission*, T-201/04, *Rec.* p. II-3601.

Arrêt du TPICE du 7 mai 2009, *Nederlandse Vakbond Varkenshouders e.a.c./Commission*, T-151/05, *Rec.* p. II-1219.

Arrêt du TPICE du 9 septembre 2009, *Clearstream Banking AG et Clearstream International SA c./Commission*, T-301/04, *Rec.* p. II-3155.

Arrêt du Tribunal du 28 avril 2010, *Amann & Söhne c./Commission*, T-446/05, *Rec.* p. II-1255.

Arrêt du Tribunal du 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries c./Commission*, T-66/01, *Rec.* p. II-2631.

Arrêt du Tribunal du 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca c./Commission*, T-312/05, *Rec.* p. II-2805.

Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, *Tomra Systems ASA e.a. c./Commission*, T-155/06, *Rec.* p. II-4361.

Arrêt du TPICE du 15 décembre 2010, *CEAHR c./Commission*, T-427/08, *Rec.* p. II-5865.

Arrêt du Tribunal du 16 juin 2011, *Putters International c./ Commission*, T-211/08, *Rec.* p. II-3729.

Arrêt du Tribunal du 16 juin 2011, *Team Relocations c./ Commission*, T-204/08 et T-212/08, *Rec.* p. II-3569.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, *ThyssenKrupp c./Commission*, T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, *Rec.* p. II-5129.

Arrêt du TPICE du 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce Inc. c./ Commission*, T-587/08, *Rec.* numérique.

Arrêt du Tribunal dans son arrêt du 9 mars 2015, *Deutsche Börse c./Commission*, T-175/12, *Rec. numérique*.

Arrêt du Tribunal du 8 sept. 2016, *H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd c./Commission*, T-472/13, *Rec. numérique*.

Commission européenne

Décision de la Commission du 9 déc. 1971, IV/26811, *Continental Can Company*, JOCE L 7 du 8 jan. 1972.

Décision de la Commission du 17 oct. 1983, IV/30.064, *Cylindres en fonte et en acier moulés*, JOCE L 317 du 15 nov. 1983.

Décision de la commission du 2 juill. 1984, IV/30.615, *British Leyland*, JOCE L 207 du 2 août 1984.

Décision de la Commission du 22 déc. 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, JOCE L 65 du 11 mars 1988.

Décision de la Commission du 18 juillet 1988, IV/30.178, *Napier Brown c./British Sugar*, JOCE L 284 du 19 oct. 1988.

Décision de la Commission du 24 juillet 1991, IV/31.043, *Tetra Pak II*, JOCE L 72 du 18 mars 1992.

Décision de la Commission du 21 déc. 1993, 94/119/CE, *Roedby*, JOCE L 55 du 26 fév. 1994.

Décision de la Commission du 17 juill. 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201 du 29 juill. 1997.

Décisions de la Commission du 28 fév. 1997, M.857, *British Airways/Air Liberté*, JOCE C 149 du 17 mai 1997.

Décision de la Commission du 14 mai 1997, IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar plc*, JOCE L 258 du 22 sept. 1997.

Décision de la Commission du 2 oct. 1997, IV/M.984, *DuPont/ICI*, JOCE C 4 du 8 jan. 1998.

Décision de la commission du 8 juill. 1998, *Worldcom/MCI*, COMP/M.1069, JOCE L 116 du 4 mai 1999.

Décision de la Commission du 9 mars 1999, COMP/M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, JOCE L 20 du 25 jan. 2000.

Décision de la commission du 12 avril 1999, IV/D-1/30.373 et IV/D-1/37.143, *P&I Club*, JOCE L 125 du 19 mai 1999.

Décision de la commission du 11 août 1999, COMP/JV.19, *KLM/Alitalia*.

Décision de la commission du 18 jan. 2000, *Air Liquide/BOC*, COMP/M.1630, JOUE L 92 du 30 mars 2004.

Décision de la Commission du 25 juill. 2001, COMP/36.915, *British Post Office c./Deutsche Post AG*, JOCE L 331 du 15 déc. 2001.

Décision de la Commission du 27 juill. 2001, COMP/M.2337, *Nestlé/Ralston Purina*, JOCE C 239 du 25 août 2001.

Décision de la Commission du 21 mai 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, JOUE L 263 du 14 oct. 2003.

Décision de la Commission du 10 décembre 2003, *Organic Peroxides*, COMP/E-2/37.857, JOUE L 110 du 30 avril 2005.

Décision de la Commission du 11 fév. 2004, COMP/M.3280, *Air France/KLM*, JOUE C 60 du 9 mars 2004.

Décision de la Commission du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, JOUE L 32 du 6 fév. 2007.

Décision de la Commission du 2 juin 2004, COMP/38.096, *Clearstream*, JOUE C 165 du 17 juillet 2009.

Décision de la Commission du 23 juill. 2004, COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige c./Port of Helsingborg*.

Décision de la commission du 23 juill. 2004, *Sundbusserne c./Port of Helsingborg*, COMP/A.36.570/D3.

Décision de la commission du 15 juin 2005, COMP/A.37.507/F3, *AstraZeneca*.

Décision de la commission du 4 juill. 2005, COMP/M.3770, *Lufthansa/Swiss*, JOUE C 204 du 20 août 2005.

Décision de la Commission du 29 mars 2006, COMP/38113, *Prokent/Tomra*, JOUE C 219 du 28 août 2006.

Décision de la Commission du 25 juin 2008, COMP/39.180, *Aluminium Fluoride*.

Décision de la commission du 19 juin 2013, AT.39226, *Lundbeck*.

Décision de la commission du 10 déc. 2013, AT. 39685, *Johnson & Johnson*.

Décision de la commission du 9 juill. 2014, AT.39612, *Servier*.

Décision de la Commission du 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*, JOUE C 9 du 12 janvier 2018.

Décision de la Commission du 18 juillet 2018, AT. 40099, *Google Android* (pas encore publié).

Décision de la Commission du 20 mars 2019, AT. 40411, *Googdle Search (AdSense)* (pas encore publié).

Décision de la Commission du 7 nov. 1990, IV/M.0004, *Renault/Volvo*, JOCE C 281 du 9 nov. 1990.

Décision de la Commission du 21 mars 1991, IV/M.070, *Otto/Grattan*, JOCE C 93 du 11 avril 1991.

Décision de la Commission du 12 avril 1991, IV/M.42, *Alcatel/Telettra*, JOCE L 122 du 17 mai 1991.

Décision de la Commission du 6 juin 1991, IV/M.81, *Viag/CCE*, JOCE C 156 du 14 juin 1991.

Décisions de la Commission du 19 juillet 1991, IV/M.68, *Tetra Pak/Alfa-Laval*, JOCE L 290 du 22 oct. 1991.

Décisions de la Commission du 31 juillet 1991, IV/M.012, *Varta/Bosch*, JOCE L 320 du 22 nov. 1991.

Décision de la commission du 2 septembre 1991, IV/M.129, *Digital/Philips*, JOCE C 235 du 10 septembre 1991.

Décision de la commission du 8 nov. 1991, COMP/M.146, *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, JOCE C 300 du 21 nov. 1991.

Décision de la Commission du 5 oct. 1992, IV/M.157, *Air France/Sabena*, JOCE C 272 du 21 oct. 1992.

Décision de la Commission du 2 octobre 1991, IV/M.53, *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, JOCE L 334 du 5 déc. 1991.

Décision de la Commission du 9 déc. 1991, IV/M.149, *Lucas/Eaton*, JOCE C 328 du 17 déc. 1991.

Décisions de la Commission du 18 décembre 1991, IV/M.165, *Alcatel/AEG Kabel*, JOCE C 6 du 10 janv. 1992.

Décision de la commission du 28 avril 1992, IV/M.126, *Accor/Wagons-Lits*, JOCE L 204 du 21 juillet 1992.

Décision de la commission du 18 mai 1992, IV/M.218, *Eucom/Digital*, JOCE C 140 du 3 juin 1992.

Décisions de la Commission du 22 juillet 1992, IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, JOCE L 356 du 2 déc. 1992.

Décisions de la Commission du 30 sept. 1992, COMP/M.214, *ICI/Du Pont*, JOCE L 7 du 13 jan. 1993.

Décision de la Commission du 21 déc. 1992, IV/M.290, *Sextant/BGT-VDO*, JOCE C 9 du 14 jan. 1993.

Décision de la Commission du 16 jan. 1993, IV/M.623, *Kimberly-Clark/Scott*, JOCE L 183 du 23 juill. 1996.

Décision de la Commission du 29 avril 1993, IV/M.323, *Procordia/Erbamont*, JOCE C 128 du 8 mai 1993.

Décision de la Commission du 19 juill. 1993, IV/M.334, *Costa Crociere/Chargeurs/Accor*, JOCE C 204 du 28 juill. 1993.

Décision de la Commission du 14 déc. 1993, IV/M.308, *Kali + Salz/MdK/Treuhand*, JOCE L 186 du 21 juillet 1994.

Décision de la Commission du 21 décembre 1993, IV/M.358, *Pilkington-Techint/SIV*, JOCE L 75 du 23 mars 1996.

Décision de la Commission du 8 juin 1994, IV/M.269, *Shell/Montecatini*, JOCE L 32 du 22 déc. 1994.

Décision de la Commission du 21 juin 1994, IV/M.430, *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*, JOCE L 354 du 31 déc. 1994.

Décision de la Commission du 21 déc. 1994, IV/M.484, *Krupp/Thyssen/Riva/Falck/Tadfin/AST*, JOCE L 251 du 19 oct. 1995.

Décision de la Commission du 22 décembre 1994, IV/M.475, *Shell Chimie/Elf Atochem*, JOCE C 35 du 11 fév. 1996.

Décision de la Commission du 14 fév. 1995, IV/M.477, *Mercedes-Benz/Kässboher*, JOCE L 211 du 6 sept. 1995.

Décision de la commission du 28 fév. 1995, IV/M.555, *Glaxo/Wellcome*, JOCE C 65 du 16 mars 1995.

Décision de la commission du 3 avril 1995, IV/M.495, *Behringwerke AG/Armour Pharmaceutical Co.*, JOCE C 134 du 1^{re} juin 1995.

Décision de la Commission du 14 novembre 1995, IV/M.603, *Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox*, JOCE L 75 du 23 mars 1996.

Décision de la Commission du 16 jan. 1996, COMP/M.623, *Kimberly-Clark/Scott Paper*, JOCE L 183 du 23 juill. 1996.

Décision de la Commission du 24 avril. 1996, IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, JOCE L 11 du 14 janvier 1997.

Décision de la Commission du 17 juillet 1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, JOCE L 201/1 du 29 juillet 1997.

Décision de la Commission du 20 novembre 1996, IV/M.784, *Kesko/Tuko*, JOCE L 110 du 26 avril 1997.

Décision de la Commission du 22 jan. 1997, IV/M.794, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*, JOCE L 218 du 9 août 1997.

Décision de la Commission du 30 juillet 1997, IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, JOCE L 336 du 8 déc. 1997.

Décision de la Commission du 11 septembre 1997, IV/M.833, *The Coca-cola Company/Carlsberg A/S*, JOCE L 145 du 15 mai 1998.

Décision de la Commission du 15 oct. 1997, IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*, JOCE L 288 du 27 oct. 1998.

Décision de la commission du 4 février 1998, IV/M.950, *Hoffmann-La Roche/Böhringer Mannheim*, JOCE L 234 du 21 août 1998.

Décision de la Commission du 20 mai 1998, COMP/M.1016, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, JOCE L 50 du 26 fév. 1999.

Décision de la commission du 8 juillet 1998, IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, JOCE L 116 du 4 mai 1999.

Décision de la Commission du 11 novembre 1998, IV/M.1157, *Skanska/Scancem*, JOCE L 183 du 16 juillet 1999.

Décision de la Commission du 25 novembre 1998, COMP/M.1225, JO L 254 du 29 septembre 1999.

Décision de la Commission du 5 juill. 1999, IV/M.1539, *CVC/Danone/Gerresheimer*, JOCE C 214 du 27 juill. 1999.

Décision de la Commission du 9 août 1999, IV/M.1378, *Hoechst/Rhône-Poulenc*, JOCE C 254 du 7 sept. 1999.

Décision de la Commission du 22 septembre 1999, IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, JOCE L 93 du 13 avril 2000.

Décisions de la commission du 13 oct. 1999, COMP/M.1439, *Telia/Telenor*, JOCE L 40 du 9 fév. 2001.

Décision de la Commission du 18 jan. 2000, COMP/M.1630, *Air Liquide/BOC*, JOUE L 92 du 30 mars 2004.

Décision de la Commission du 9 février 2000, COMP/M.1628, *TotalFina/Elf*.

Décisions de la Commission du 14 mars 2000, COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, JOCE L 143 du 29 mai 2001.

Décision de la Commission du 19 juillet 2000, COMP/M.1882, *Pirelli/BICC*, JOUE L 70 du 14 mars 2003.

Décision de la Commission du 11 août 2000, COMP/M.2016, *France Telecom/Orange*, JOCE C 261 du 12 sept. 2000.

Décisions de la Commission du 1^{er} septembre 2000, COMP/M.1980, *Volvo/Renault VI*, JOCE C 301 du 21 oct. 2000.

Décision de la Commission du 11 oct. 2000, COMP/M.1845, *AOL/Time Warner*, JOCE L 268 du 9 oct. 2001.

Décisions de la Commission du 20 octobre 2000, COMP/M.2154, *C3D/Rhone/Go-Ahead*, JOCE C 49 du 28 fév. 2006.

Décisions de la Commission du 20 déc. 2000, COMP/M.2211, *Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL)/Studio Channel Limited*, JOCE C 363 du 19 déc. 2001.

Décision de la Commission du 31 jan. 2001, COMP/M.2097, *SCA/Metsä Tissue*, JOCE L 57 du 27 fév. 2002.

Décisions de la Commission du 2 mars 2001, COMP/M.2256, *Philips/Agilent Health Care Solutions*, JOCE C 292 du 18 oct. 2001.

Décisions de la Commission du 3 avril 2001, COMP/M.2139, *Bombardier/ADtranz*, JOCE L 69 du 12 mars 2002.

Décision de la Commission du 24 avril 2001, COMP/M.2222, *UGC/Liberty Media*, JOCE C 172 du 16 juin 2001.

Décision de la Commission du 20 juin 2001, COMP/M.2201, *MAN/Auwärter*, JOCE L 116 du 3 mai 2002.

Décisions de la Commission du 26 juin 2001, COMP/M.2469, *Vodafone/Airtel*, JOCE C 207 du 25 juill. 2001.

Décision de la commission du 3 juill. 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, JOUE L 48 du 18 fév. 2004.

Décision de la Commission du 11 juill. 2001, COMP/M.2314, *Basf/Pantochim/Eurodiol*, JOCE L 132 du 17 mai 2002.

Décision de la Commission du 27 juill. 2001, COMP/M.2337, *Nestlé/Ralston Purina*, JOCE C 239 du 25 août 2001.

Décision de la Commission du 10 oct. 2001, COMP/M.2283, *Schneider/Legrand*, JOUE L 101 du 6 avril 2004.

Décision de la Commission du 17 octobre 2001, COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, JOUE L 82 du 19 mars 2004.

Décision de la Commission du 30 octobre 2001, COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, JOUE L 4 du 13 février 2004.

Décision de la Commission du 21 nov. 2001, COMP/ECSC.1351, *Usinor/Arbed/Aceralia*

Décision de la Commission du 21 nov. 2001, COMP/M.2498 – *UPM-Kymmene/Haindl* et COMP/M.2499 – *Norske Skog/Parenco/Walsum*, JOCE L 233 du 30 août 2002.

Décision de la Commission du 5 déc. 2001, COMP/37.859, *De Post – La Poste*, JOCE L 61 du 2 mars 2002.

Décision de la Commission du 20 déc. 2001, COMP/M.2530, *Südzucker/Saint Louis*, JOCE L 103 du 24 avril 2003.

Décision de la Commission du 30 jan. 2002, COMP/M. 2416, *Tetra Laval/Sidel*, JOUE L 43 du 13 fév. 2004.

Décision de la Commission du 15 février 2002, COMP/M.2544, *Masterfoods/Royal Canin*, JOCE C 79 du 3 avril 2002.

Décision de la Commission du 19 mars 2002, COMP/M.2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*, JOCE C 114 du 15 mai 2002.

Décision de la Commission du 21 mars 2002, COMP/M.2522, *SCA Hygiene Products/Cartoinvest*, JOCE C 106 du 3 mai 2002.

Décision de la Commission du 4 oct. 2013, COMP/M.6924, *Refresco Group/Pride Foods*, JOUE C 26 du 29 jan. 2014.

Décision de la Commission du 1^{er} juill. 2002, COMP/M.2810, *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*, JOCE C 200 du 23 août 2002.

Décision de la Commission du 24 juill. 2002, COMP/M.2706, *Carnival Corporation/P&O Princess*, JOUE L 248 du 30 septembre 2003.

Décision de la Commission du 27 août 2002, COMP/M.2824, *Ernst & Young/Andersen Germany*, JOCE C 246 du 12 oct. 2002.

Décision de la Commission du 5 sept. 2002, COMP/M.2816, *Ernst & Young France/Andersen France*.

Décision de la Commission du 5 nov. 2002, COMP/M.2996, *RTL/CNN/Time Warner/N-TV*, JOCE C 310 du 13 déc. 2002.

Décision de la Commission du 31 janvier 2003, COMP/M.3060, *UCB/Solutia*, JOUE C 78 du 1 avril 2003.

Décision de la Commission du 24 fév. 2003, COMP/M.3049, *Alcan/Flexpack*, JOUE C 78 du 1^{er} avril 2003.

Décision de la Commission du 27 février 2003, COMP/M.2922, *Pfizer/Pharmacia*, JOCE C 110 du 8 mai 2003.

Décision de la Commission du 2 avril 2003, COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, JOUE L 110 du 16 avril 2004.

Décision de la Commission du 30 avril 2003, COMP/M.2861, *Siemens/Drägerwerk/JV*, JOUE L 291 du 8 nov. 2003.

Décision de la Commission du 11 juin 2003, COMP/M.3056, *Celanese/Degussa/European Oxo Chemicals*, JOUE L 38 du 10 février 2004.

Décision de la Commission du 23 juillet 2003, COMP/M.2972, *DSM/Roche Vitamins*, JOUE L 82 du 19 mars 2004.

Décision de la Commission du 29 juillet 2003, COMP/M.3197, *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*, JOUE C 207 du 3 sept. 2003.

Décision de la Commission du 2 sept. 2003, COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*, JOUE L 109 du 16 avril 2004.

Décision de la Commission du 16 sept. 2003, COMP/M.3245, *Vodafone/Singlepoint*, JOUE C 242 du 9 oct. 2003.

Décision de la Commission du 11 nov. 2003, COMP/M.2621, *Seb/Moulinex*, JOUE L 138 du 1^{er} juin 2005.

Décision de la Commission du 8 déc. 2003, COMP/M.3284, *Outokumpu/Boliden*, JOUE C 25 du 29 jan. 2004.

Décision de la Commission du 15 décembre 2003, COMP/M.3322, *Polestar/Prisa/Inversiones Suizas/JV*, JOUE C 31 du 5 fév. 2004.

Décision de la Commission du 15 mars 2004, COMP/M.3314, *Air Liquide/Messer Targets*, JOUE C 91 du 15 avril 2004.

Décision de la Commission du 16 mars 2004, COMP/M.3372, *Carlsberg/Holsten*, JOUE C 84 du 3 avril 2004.

Décision de la Commission du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, JO L 32/23 du 6 février 2007.

Décision de la Commission du 26 avril 2004, COMP/M.3354, *Sanofi Synthelabo/Aventis*, JOUE C 213 du 25 août 2004.

Décision de la Commission du 19 juillet 2004, COMP/M.3333, *Sony/BMG*, JOUE L 62 du 9 mars 2005.

Décision de la Commission du 27 août 2004, COMP/M.3517, *CVC/Permira/AA*, JOUE C 242 du 29 sept. 2004.

Décisions de la Commission du 13 septembre 2004, COMP/M.3516, *Repsol YPF/Shell Portugal*, JOUE C 272 du 6 nov. 2004.

Décision de la commission du 26 oct. 2004, COMP/M.3216, *Oracle/PeopleSoft*, JOUE L 218 du 23 août 2005.

Décision de la commission 19 nov. 2004, COMP/M.3544, *Bayer Healthcare/Roche (OTC Business)*, JOUE C 7 du 11 jan. 2005.

Décision de la Commission du 8 déc. 2004, COMP/M.3572, *Cemex/RMC*, JOUE C 317 du 22 déc. 2004.

Décision de la Commission du 9 déc. 2004, COMP/M.3440, *ENI/EDP/GDP*, JOUE L 302 du 19 nov. 2005.

Décisions de la Commission du 15 déc. 2004, COMP/M.3561, *Deutsche Telekom/Eurotel*, JOUE C 40 du 17 fév. 2005.

Décision de la Commission du 3 mars 2005, COMP/M.3658, *Orkla/Chips*, JOUE C 73 du 23 mars 2005.

Décision de la Commission du 30 mars 2005, COMP/M.3595, *Sony/MGM*, JOUE C 139 du 8 juin 2005.

Décision de la Commission du 3 mai 2005, COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, JOUE L 61 du 2 mars 2006.

Décision de la Commission du 27 mai 2005, COMP/M.3751, *Novartis/Hexal*, JOUE C 168 du 8 juillet 2005.

Décision de la Commission du 30 mai 2005, COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, JOUE L 61 du 2 mars 2006.

Décisions de la Commission du 1^{re} juillet 2005, COMP/M.3578, *BN/Nova Chemicals /JV*.

Décision de la Commission du 13 juillet 2005, COMP/M.3625, *Blackstone/Acetex*, JOUE L 312 du 29 nov. 2005.

Décision de la Commission du 15 juill. 2005, COMP/M.3732, *Procter & Gamble/Gillette*, JOUE C 239 du 29 sept. 2005.

Décision de la Commission du 8 août 2005, COMP/M.3823, *MAG/Ferrovial Aeropuertos/Exeter Airport*.

Décision de la Commission du 25 août 2005, COMP/M.3687, *Johnson Johnson/Guidant*, JOUE L 173 du 27 juin 2006.

Décision de la Commission du 18 oct. 2005, COMP/M.3894, *Unicredito/HVB*, JOUE C 278 du 11 nov. 2005.

Décision de la Commission du 21 décembre 2005, COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, JOUE L 253/20.

Décision de la Commission du 22 déc. 2005, COMP/M.3978, *Oracle/Siebel*, JOUE C 18 du 25 jan. 2006.

Décision de la Commission du 6 jan. 2006, COMP/M.4007, *Rectkitt Benckiser/Boots Healthcare International*, JOUE C 92 du 20 avril 2006.

Décision de la Commission du 10 jan. 2006, COMP/M.4035, *Telefónica/O2*, JOUE C 29 du 4 fév. 2006.

Décision de la Commission du 20 mars 2006, COMP/M.4066, *CVC/SLEC*, JOUE C 90 du 13 avril 2006.

Décision de la Commission du 29 mars 2006, COMP/M.3975, *Cargill/Degussa Food Ingredients*, JOCE L 316 du 4 déc. 2007.

Décision de la Commission du 24 avril 2006, COMP/M.4135, *Lactalis/Galbani*, JOUE C 289 du 23 nov. 2006.

Décision de la Commission du 26 avril 2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/Tele.Ring*, JOUE L 88 du 29 mars 2007.

Décision de la Commission du 19 mai 2006, COMP/M.3998, *Axalto/Gemplus*, JOCE C 196 du 19 août 2006.

Décision de la Commission du 2 juin 2006, COMP/M.4207, *Campina/Fonterra Co-operative Group/JV*, JOCE C 194 du 18 août 2006.

Décisions de la Commission du 6 juin 2006, COMP/M.4141, *Linde/BOC*, JOUE C 181 du 3 août 2006.

Décision de la Commission du 4 juillet 2006, COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, JOUE L 72 du 13 mars 2007.

Décision de la Commission du 7 déc. 2006, COMP/M.4442, *Carphone Warehouse/AOL UK*, JOUE C 21 du 30 jan. 2007.

Décision de la Commission du 13 nov. 2006, COMP/M.4297, *Nokia/Siemens*, JOUE C 9 du 13 jan. 2007.

Décision de la Commission du 14 novembre 2006, COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*, JOUE L 88 du 29 mars 2007.

Décisions de la Commission du 12 décembre 2006, COMP/M.4187, *Metso/Aker Kvaerner*, JOUE C 6 du 11 jan. 2008.

Décision de la Commission du 18 jan. 2007, COMP/M.4519, *Lagardère/Sportfive*, JOUE C 27 du 7 fév. 2007.

Décision de la Commission du 21 mars 2007, COMP/M.4465, *Thrane & Thrane/Nera*, JOUE C 94 du 28 avril 2007.

Décision de la Commission du 10 mai 2007, COMP/M.4381, *JCI/FIAMM*, JOUE C 241 du 8 oct. 2009.

Décision de la Commission du 27 juin 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, JOUE C 47 du 20 février 2008.

Décision de la Commission du 4 juill. 2007, COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, JOUE C 83 du 2 avril 2008.

Décision de la Commission du 18 juill. 2007, COMP/M.4504, *SFR/Télé 2 France*, JOUE L 316 du 4 déc. 2007.

Décision de la Commission du 21 août 2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan*, JOUE L 314 du 1^{er} déc. 2007.

Décision de la Commission du 5 sept. 2007, COMP/M.4533, *SCA/P&G (European tissue business)*, JOUE C 275 du 16 nov. 2007.

Décision de la Commission du 27 septembre 2007, COMP/M.4866, *Arques/Actebis*, JOUE C 268 du 10 novembre 2007.

Décision de la Commission du 3 octobre 2007, COMP/M.3333, *Sony/BMG*, JOUE C 94 du 16 avril 2008.

Décision de la Commission du 19 déc. 2007, COMP/34.579, *MasterCard I*, JOUE C 264 du 6 nov. 2009.

Décision de la Commission du 30 jan. 2008, COMP/M.4734, *Ineos/Kerling*, JOUE C 219 du 28 août 2008.

Décision de la Commission du 28 fév. 2008, COMP/M.5038, *Téléfónica/Turmed/Rumbo*, JOUE C 84 du 3 avril 2008.

Décision de la Commission du 4 mars 2008, COMP/M.4898, *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*, JOUE C 170 du 5 juill. 2008.

Décision de la Commission du 27 mars 2008, COMP/M.5035, *Radeberger/Getränke Essman/Phoenix*, JOUE C 117 du 14 mai 2008.

Décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, JOUE C 96 du 25 avril 2009.

Décision de la Commission du 25 juin 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, JOUE C 219 du 28 août 2008.

Décision de la Commission du 30 juin 2008, COMP/M.4835, *Hexion/Huntsman*.

Décision de la Commission du 6 août 2008, COMP/M.5181, *Delta Air Lines/Northwest Airlines*, JOUE C 281 du 5 nov. 2008.

Décision de la Commission du 26 août 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premier*.

Décision de la Commission du 23 sept. 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, JOUE C 145 du 25 juin 2009.

Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5046, *Friesland/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009.

Décision de la Commission du 16 avril 2008 dans l'affaire *ABF/GBI Business*, COMP/M.4980.

Décision de la Commission du 4 juin 2008, COMP/M.4513, *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*, JOUE C 96 du 25 avril 2009

Décision de la Commission du 23 juin 2008, COMP/M.5047, *Rewe/Adeg*, JOUE C 177 du 12 juill. 2008.

Décision de la Commission du 25 juin 2008, COMP/39.180, *Aluminium Fluoride*.

Décision de la Commission du 30 juin 2008, COMP/M.4835, *Hexion/Huntsman*.

Décision de la Commission du 15 juill. 2008, COMP/M.5158, *Strabag/Kirchhoff*, JOUE C 259 du 11 oct. 2008.

Décision de la Commission du 17 juillet 2008, COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*, JOUE C 219 du 28 août 2008.

Décision de la Commission du 6 août 2008, COMP/M.5181, *Delta Air Lines/Northwest Airlines*, JOUE C 281 du 5 nov. 2008.

Décision de la Commission du 25 juin 2008, COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*.

Décision de la Commission du 15 sept. 2008, COMP/M.5200, *Strabag/Kirchner*, JOUE C 281 du 5 nov. 2008.

Décision de la Commission du 19 sept. 2008, COMP/M.5180, *Manitowoc/Enodis*, JOUE C 224 du 17 sept. 2009.

Décision de la Commission du 23 septembre 2008, COMP/M.4980, *ABF/GBI Business*, JOUE C 145 du 25 juin 2009.

Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39.188, *Bananas*, JOUE C 189 du 12 août 2009.

Décision de la Commission du 31 oct. 2008, COMP/M.5005, *Galp Energia/Exxonmobil Iberia*, JOUE C 307 du 2 déc. 2008.

Décision de la Commission du 17 décembre 2008, COMP/M.5046, *Friesland Foods/Campina*, JOUE C 75 du 31 mars 2009.

Décision de la Commission du 17 déc. 2008, COMP/M.5141, *KLM/Martinair*, JOUE C 51 du 4 mars 2009.

Décision de la Commission du 19 déc. 2008, COMP/M.5295, *Teva/Barr*, JOUE C 10 du 15 jan. 2009.

Décision de la Commission du 9 jan. 2009, COMP/M.5153, *Arsenal/DSP*, JOUE C 227 du 22 sept. 2009.

Décision de la Commission du 28 janvier 2009, COMP/39.406, *Marine Hoses*, JOUE C 167 du 21 juillet 2009.

Décision de la Commission du 4 février 2009, COMP/M.5253, *Sanofi-Aventis/Zentiva*, JOUE C 66 du 22 mars 2009.

Décision de la Commission du 12 mars 2009, COMP/M.5355, *BASF/CIBA*.

Décision de la Commission du 21 avril 2009, COMP/M.5152, *Posten AB/Post Danmark AS*, JOUE C 148 du 30 juin 2009.

Décision de la commission du 13 mai 2009, COMP/37.990, *Intel*, JOUE C 227 du 22 sept. 2009.

Décision de la Commission du 22 juin 2009, COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Airholding*, JOUE C 295 du 4 déc. 2009.

Décision de la Commission du 28 janvier 2009, COMP/39.406, *Marine Hoses*, JOUE C 167 du 21 juillet 2009.

Décision de la commission du 13 mai 2009, COMP/37.990, *Intel*, JOUE C 227 du 22 sept. 2009.

Décision de la Commission du 23 juin 2009, COMP/M.5467, *RWE/ESSENT*, JOUE C 222 du 15 septembre 2009.

Décision de la Commission du 28 août 2009, COMP/M.5440, *Lufthansa/Austrian Airlines*, JOUE C 16 du 22 janvier 2010.

Décision de la Commission du 7 octobre 2009, COMP/39.129, *Transformateurs de puissance*, JOUE C 296 du 5 déc. 2009.

Décision de la Commission du 29 oct. 2009, COMP/M.5557, *SNCF-P/CDPQ/Keolis/Effia*.

Décisions de la Commission du 18 déc. 2009, COMP/M.5705, *Marfrig Alimentos/Seara*, JOUE C 9 du 15 jan. 2010.

Décision de la Commission du 6 janvier 2010, COMP/M.5644, *Kraft Foods/Cadbury*, JOUE C 29 du 5 février 2010.

Décision de la Commission du 21 janvier 2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun Microsystems*, JOUE C 91 du 9 avril 2010.

Décision de la Commission du 22 janvier 2010, COMP/M.5579, *TLP/Ermewa*, JOUE C 60 du 11 mars 2010.

Décision de la Commission du 15 mars 2010, COMP/M.5637, *Motor Oil (Hellas) Corinth Refineries/Shell overseas Holdings*.

Décisions de la Commission du 14 juill. 2010, COMP/M.5747, *Iberia/British Airways*, JOUE C 241 du 8 sept. 2010.

Décisions de la Commission du 9 août 2010, COMP/M.5778, *Novartis/Alcon*, JOUE C 20 du 21 jan. 2011.

Décision de la Commission du 12 août 2010, COMP/M.5741, *CDC/Veolia Environment/Transdev/Veolia Transport*, JOUE C 266 du 1 oct. 2010.

Décision de la Commission du 24 août 2010, COMP/M.5886, *Emerson Electric/Chloride Group*, JOUE C 265 du 30 sept. 2010.

Décision de la Commission du 14 septembre 2010, COMP/M.5867, *Thomas Cook/Öger Tours*, JOUE C 275 du 12 oct. 2010.

Décisions de la Commission du 22 sept. 2010, COMP/M.5933, *Marfrig/Keystone*, JOUE C 289 du 26 oct. 2010.

Décision de la Commission du 30 sept. 2010, COMP/M.5958, *GS/TPG/Ontex*, JOUE C 302 du 9 nov. 2010.

Décision de la Commission du 25 oct. 2010, COMP/M.5953, *Reckitt Benckiser/SSL*, JOUE C 333 du 10 déc. 2010.

Décision de la Commission du 4 nov. 2010, COMP/M.5880, *Shell/Topaz.JV*.

Décision de la Commission du 17 nov. 2010, COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee*, JOUE C 23 du 28 jan. 2012.

Décision de la Commission du 21 déc. 2010, COMP/M.5932, *News Corp/BskyB*, JOUE C 37 du 5 fév. 2011, para. 105.

Décision de la Commission du 6 jan. 2011, COMP/M.5996, *Thomas Cook/Travel Business of Co-operative Group/Travel Business of Midlands Co-operative Society*.

Décision de la Commission du 12 jan. 2011, COMP/M.5999, *Sanofi-Aventis/Genzyme*, JOUE C 226 du 28 juill. 2012.

Décision de la Commission du 24 jan. 2011, COMP/M. 6094, *HTM Group/Media Concorde SNC*.

Décision de la Commission du 26 janvier 2011, COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, JOUE C 195 du 3 juillet 2012.

Décision de la Commission du 21 fév. 2011, COMP/M.5950, *Munksjo/Arjowiggins*, JOUE C 96 du 29 mars 2011.

Décision de la Commission du 28 mars 2011, COMP/M.5984, *Intel/McAfee*, JOUE C 98 du 30 mars 2011.

Décision de la Commission du 4 mai 2011, COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*.

Décision de la Commission du 29 juin 2011, COMP/M.6212, *LVMH/Bulgari*, JOUE C 335 du 16 nov. 2011.

Décision de la Commission du 13 juill. 2011, COMP/M.6101, *UPM/Mylykoski and Rhein Papier*, JOUE C 107 du 13 avril 2012.

Décision de la Commission du 8 août 2011, COMP/M.6316, *Aurubis/Luvata Rolled Products*, JOUE C 244 du 23 août 2011.

Décision de la Commission du 26 sept. 2011, COMP/M.6267, JOUE C 15 du 18 jan. 2012 .

Décision de la Commission du 7 oct. 2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, JOUE C 341 du 22 nov. 2011.

Décision de la Commission du 19 oct. 2011, COMP/M.6214, *Seagate Technology/The HDD Business of Samsung Electronics*, JOUE C 154 du 31 mai 2012.

Décision de la Commission du 10 nov. 2011, COMP/M.6379, *Saint Gobain/Brossette*.

Décision de la Commission du 23 nov. 2011, COMP/M.6203, *Western Digital Ireland/Viviti Technologies*, JOUE C 241 du 22 août 2013.

Décision de la Commission du 1^{er} déc. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*.

Décision de la Commission du 13 jan. 2012, COMP/M.6321, *Buitenfood/Ad Van Geloven Holding/JV*, JOUE C 63 du 2 mars 2012.

Décision de la Commission du 1 fév. 2012, COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*.

Décision de la Commission du 18 avril 2012, COMP/M.6266, *Johnson & Johnson/Synthes*, JOUE C 206 du 20 juillet 2013.

Décision de la Commission du 21 juin 2012, COMP/M.6525, *SESA/DISA/SAE/JV*.

Décision de la Commission du 4 juillet 2012, COMP/M.6503, *La Poste/Swiss Post/JV*, JOUE C 94 du 3 avril 2013.

Décision de la Commission du 4 sept. 2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, JOUE C 66 du 7 mars 2013.

Décision de la Commission du 21 sept. 2012, COMP/M.6458, *Universal Music Group/Emi Music*, JOUE C 220 du 1^{re} août 2013.

Décision de la Commission du 7 nov. 2012, COMP/M.6471, *Outokumpu/Inoxum*, JOUE C 312 du 26 oct. 2013.

Décision de la Commission du 27 nov. 2012, COMP/M.6682, *Kinnevik/Billerud/Dorsnäs*, JOUE C 277 du 26 septembre 2013.

Décision de la Commission du 12 déc. 2012, COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, JOUE C 224 du 3 août 2013.

Décision de la Commission du 27 fév. 2013, COMP/M.6663, *Ryanair/Aer Lingus III*, JOUE C 216 du 30 juillet 2013.

Décision de la Commission du 8 mars 2013, COMP/M.6801, *Rosneft/TNK-BP*, JOUE C 107 du 13 avril 2013.

Décision de la Commission du 26 mars 2013, COMP/M.6782, *Hig Capital/Petrochem Carless Holdings*, JOUE C 118 du 25 avril 2013.

Décision de la Commission du 14 avril 2013, COMP/M.6722, *FrieslandCampina/Zijerveld & Veldhuyzen and Den Hollander*, JOUE C 130 du 7 mai 2013.

Décision de la Commission du 15 avril 2013, COMP/M.6880, *Liberty Global/Virgin Media*, JOUE C 162 du 7 juin 2013.

Décision de la Commission du 13 mai 2013, COMP/M.6756, *Norsk Hydro/Orkla*, JOUE C 212 du 26 juill. 2013.

Décision de la Commission du 28 mai 2013, COMP/M.6813, *McCain Foods Group/Lutosa Business*, JOUE C 228 du 7 août 2013.

Décision de la Commission du 19 juill. 2013, COMP/M.6857, *Crane Co/Mei Group*, JOUE C 28 du 31 jan. 2014.

Décision de la Commission du 5 août 2013, COMP/M.6969, *Valeant Pharmaceuticals International/Bausch & Lomb Holdings*, JOUE C 247 du 28 août 2013.

Décision de la Commission du 2 sept. 2013, COMP/M.6360, *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, JOUE C 368 du 17 oct. 2014.

Décision de la Commission du 30 sept. 2013, M.6850, *Marine Harvest/Morpol*, JOUE C 312 du 26 oct. 2013.

Décision de la Commission du 4 oct. 2013, COMP/M.6924, *Refresco Group/Pride Foods*, JOUE C 26 du 29 jan. 2014.

Décision de la Commission du 4 déc. 2013, COMP/M.7047, *Microsoft/Nokia*, JOUE C 44 du 15 fév. 2014.

Décision de la Commission du 18 fév. 2014, COMP/M.7075, *Cintra/Abertis/Itinere/Bip & Drive JV*, JOUE C 70 du 8 mars 2014.

Décision de la Commission du 8 mai 2014, COMP/M.6905, *INEOS/Solvay/JV*, JOUE C 407 du 15 nov. 2014.

Décision de la Commission du 28 mai 2014, COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, JOUE C 264 du 13 août 2014.

Décision de la Commission du 2 juill. 2014, COMP/M. 7018, *Telefónica Deutschland/E-Plus*, JOUE C 86 du 13 mars 2015.

Décision de la Commission du 14 juill. 2014, COMP/M.7155, *SSAB/Rautaruukki*, JOUE C427 du 28 nov. 2014.

Décision de la Commission du 25 juill. 2014, COMP/M.7290, *Apple/Beats*, JOUE C 260 du 9 août 2014.

Décision de la Commission du 10 sept. 2014, COMP/M.7061, *Huntsman Corporation/Equity Interests Held By Rockwood Holdings*, JOUE C 67 du 25 fév. 2015.

Décision de la Commission du 16 sept. 2014, COMP/M.7282, *Liberty Global/Discovery/All3Media*, JOUE C 354 du 8 oct. 2014.

Décision de la Commission du 3 oct. 2014, COMP/M.7217, *Facebook/Whatsapp*, JOUE C 417 du 21 nov. 2014.

Décision de la Commission du 10 oct. 2014, COMP/M.7000, *Liberty Global/Ziggo*, para. 113.

Décision de la Commission du 15 oct. 2014, COMP/AT.39523, *Slovak Telekom*, JOUE C 314/7 du 23 sept. 2015.

Décision de la Commission du 14 nov. 2014, COMP/M.7333, *Alitalia/Etihad*, JOUE C 31 du 30 jan. 2015.

Décision de la Commission du 28 jan. 2015, COMP/M.7275, *Novartis/GlaxoSmithKlein Oncology Business*, JOUE C 95 du 21 mars 2015.

Décision de la Commission du 24 fév. 2015, COMP/M.7194, *Liberty Global/Corelia/W&W/De Vijver Media*, JOUE C 175 du 29 mai 2015.

Décisions de la Commission du 5 mars 2015, COMP/M.7292, *Demb/Mondelez/Charger Opco*, JOUE C 376 du 13 nov. 2015.

Décision de la Commission du 16 mars 2015, COMP/M.7480, *Actavis/Allergan*, JOUE C 123 du 17 avril 2015.

Décision de la Commission du 11 mai 2016, COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, JOUE C 357 du 29 sept. 2016.

Décision de la Commission du 22 sept. 2016, COMP/M.8109, *FIH Mobile/Feature Phone Business of Microsoft Mobile*, JOUE C 450 du 2 déc. 2016.

Décision de la Commission du 6 déc. 2016, COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*.

Décision de la Commission du 27 mars 2017, COMP/M.7932, *Dow/Dupont*, JOUE C 356 du 21 oct. 2017.

Décision de la Commission du 7 avril 2017, COMP/M.8354, *Fox/Sky*, JOUE C 238 du 22. juill. 2017.

Décision de la Commission du 24 janvier 2018, AT.40220, *Qualcomm* (pas encore publié).

Décision de la Commission du 6 fév. 2018, COMP/M.8665, *Discovery/Scripps*, JOUE C 77 du 1^{er} mars 2018.

Décision de la Commission du 23 mai 2018, COMP/M.831, *Mondi/Powerflute*, JOUE C 324 du 13 sept. 2018.

Décision de la Commission du 27 août 2018, COMP/M.8974, *Procter & Gamble/Merck Consumer Health Business*, JOUE C 365 du 9 oct. 2018.

Décision de la Commission du 29 nov. 2018, COMP/M.8951, *Suzano Papel e Celulose/Fibria Celulose*, JOUE C 21 du 17 jan. 2019.

Décision de la Commission du 4 déc. 2018, COMP/M.9044, *CVC/Recordati*, JOUE C 38 du 31 jan. 2019.

Décision de la Commission du 17 déc. 2018, COMPM.9152, *BC Partners/United Group*, JOUE C 49 du 7 fév. 2019.

États-Unis

United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495 (1948).

Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 620 (1953).

United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 384, 391 (1956).

Brown Shoe Co. Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).

United States v. Continental Can Co. et al., 378 U.S. 441, 458 (1964).

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

Equifax Inc. v. FTC, 618 F.2d 63, 66 (9th Circuit, 1980).

Graphic Products Distribution v. Itek Corp., 717 F. 2d 1560 (11th Cir. 1983).

FTC c./Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (2 June 1986).

Arthur S. Langenerfer v. S.E.Johnson Co., 917 F.2d 1413, 1432 (6th Cir. 1990).
Rebel Oil Co. Inc. v. Atlantic Richfield Co., 51 F. 3d 1421, 1432 (9th Cir., 1995).
FTC, *Boeing Company/McDonnell Douglas Corp.*, file n°. 971-0051, 1st July 1997.
United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34, 51 (D.C. Cir., 2001).
FTC, *In the matter of Schering Plough Corp.*, Final order, Docket N° 9297, (8 Dec. 2003).
Valley Drug Co. c./Geneva Pharmaceuticals Inc., 344 F.3d 1294 (11th Cir., 2003).
U.S. and Plaintiff States v. Oracle Corp., case No. 04 0807 (JCS), 26 Feb. 2004.
United States v. Dentsply International Inc., 399 F. 3d 181, 187 (3d Cir. 2005).
Harrison Aire Inc. v. Aerostar International Inc., 423 F. 3d 374, 381 (3d Cir., 2005).
Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F. 3d 297, 307 (3d Cir., 2007).

Vietnam

Décision N° 11/QĐ-HĐXL du 14 avril 2009 du Conseil de l'affaire anticoncurrentielle, affaire *Vinapco*.

AUTRES PAYS

France

Arrêt de la Cour d'Appel de Paris (1^{re} chambre, Section H) du 16 juillet 2002 relatif au recours formé par la SA Pharmajet contre la décision n° 2002-MC-09 du Conseil de la concurrence en date du 12 juin 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharmajet, BOCCRF du 21 octobre 2002.

Arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2009, n° 08-14.503, Bull. civ. IV, n° 39, D. 2009.

Autorité de la concurrence, décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

Autorité de la concurrence, décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon.

Autorité de la concurrence, décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution.

Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-44 du 21 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Provence (anciennement dénommé Le Provençal) dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille.

Conseil de la concurrence, décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007, *Laboratoire GlaxoSmithKline France*.

Conseil de la concurrence, décision n° 07-D-37 du 7 novembre 2007 relative à une saisine de l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le Groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile.

Conseil de la concurrence, Décision n° 09-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, 5 fév. 2009.

Royaume-Uni

CC, *Safeway/Asda*, « Safeway plc and Asda Group Limited (owned by Wal-Mart Stores Inc); Wm Morrison Supermarkets PLC; J Sainsbury plc; and Tesco plc: A report on the mergers in contemplation », 26 September 2003.

CC, *Somerfield/Morrison*, « A Report on the acquisition by Somerfield plc of 115 stores from Wm Morrison Supermarkets plc » 2 September 2005.

CC, « A report on the anticipated acquisition by AG Barr plc of Britvic plc by means of an all-share merger », 9 July 2013.

CMA, *Lincolnshire Co-operative/Budgens in Holbeach*, ME/6476/14, 18 Dec. 2014; OFT, *Travis Perkins/BSS Group*, ME/4609/10, 10 Dec. 2010.

CMA, *Greene King/Spirit Pub*, 11 May 2015.

CMA, « A report on the anticipated acquisition by Reckitt Benekiser Group plc of the K-Y brand » 12 August 2015.

OFT, « Pan Fish ASA and Marine harvest NV Merger Inquiry – Final Report », 18 December 2006.

OFT, *Somerfield/Co-operative*, ME/3777/08, 20 Oct. 2008.

OFT, *Asda/Netto*, ME/4551/10, 23 September 2010.

Suède

Décision de la *Konkurrensverket* du 18 fév. 2011, Dnr 42/2011, *Office Depot/Svanströms*.

Décision de la *Konkurrensverket* du 24 oct. 2011, Dnr 445/2011, *Arla/Milko*.

Décision de la *Konkurrensverket* du 1^{re} déc. 2011, Dnr 690/2011, *Eniro/Teleinfo*.

Décisions de la *Konkurrensverket* du 3 fév. 2012, Dnr 841/2011, *Cloetta/Leaf*.

Décisions de la *Konkurrensverket* du 10 déc. 2012, Dnr 452/2012, *Akademibokhandeln/Bokia*.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	i
SOMMAIRE	ii
TABLES DES ABRÉVIATIONS	iii
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : L'EXIGENCE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT	34
TITRE I. LE PRINCIPE D'APPLICATION LARGE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT	36
CHAPITRE 1. LE RECOURS À LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT DANS L'ANALYSE DE L'ATTEINTE À LA CONCURRENCE	38
Section 1. L'instrument d'évaluation du pouvoir de marché.	39
§ 1. La part de marché.	40
A. Le rôle de la part de marché dans la détermination d'une position dominante.....	42
1. L'importance de la part de marché absolue.....	48
2. L'importance de la part de marché relative.....	51
3. L'évolution et la durabilité des parts de marché.....	53
B. La rôle de la part de marché dans les opérations de concentration.....	55
1. La part de marché : premier filtre brut du pouvoir de marché en droit européen.....	56
a. La part de marché : première indication de la structure de l'offre du marché.....	58
b. La part de marché : mesure du degré de concentration.....	62
i. L'importance de l'analyse du degré de concentration.....	63
ii. L'importance de l'indice IHH comme instrument de mesure de concentration	66
α) Le rôle de l'indice IHH	66
β) Mise en œuvre de l'indice H	67
2. La part de marché : critère de base en droit vietnamien	70
§2. L'évaluation des barrières à l'entrée	73
A. La genèse des barrières à l'entrée	74

1. La notion de barrière à l'entrée.....	74
2. La fonction des barrières à l'entrée.....	77
3. Les catégories des barrières à l'entrée	80
a. Les barrières structurelles.....	80
i. Les avantages absolus de coûts.....	80
ii. Les économies d'échelle	81
iii. La différenciation des produits.....	82
iv. Les frais d'investissement élevés.....	83
b. Les barrières stratégiques.....	83
i. Les stratégies de prix.....	83
ii. Les stratégies de production	85
iii. Les stratégies de vente	86
c. Les barrières d'ordre juridique	88
i. Les réglementations nationales.....	88
ii. Les droits de propriété intellectuelle.....	89
B. Le rôle de la délimitation du marché pertinent dans l'analyse des barrières à l'entrée	91
1. L'identification du marché sur lequel l'entrée est analysée.....	91
2. Le périmètre pour l'évaluation des conditions d'entrée.....	93
a. La probabilité	93
b. La rapidité	95
c. La suffisance	96
Section 2. Le moyen d'évaluation des effets anticoncurrentiels.....	99
§1. L'évaluation des effets unilatéraux.....	100
A. L'approche standard dans l'analyse des effets unilatéraux : la part de marché ...	100
B. La proximité des produits comme paramètre principal dans l'analyse des effets unilatéraux.....	102
1. La proximité des produits sur les marchés de produits homogènes.....	103
a. La proximité des produits dans la concurrence spatiale	103
b. La proximité des produits dans un modèle de Cournot.....	104
2. La proximité de produits sur les marchés de produits différenciés.....	106

C. La nécessité de la délimitation du marché pertinent en vue de la mise en œuvre des analyses quantitatives.....	108
§2. L'évaluation des effets coordonnés.....	110
A. La délimitation du marché pour l'évaluation de la vulnérabilité à la coordination.....	110
1. La stabilité du marché.....	111
2. La transparence du marché	112
3. La symétrie des entreprises sur le marché	114
B. La délimitation du marché pour l'évaluation d'une structure propice à la collusion tacite.....	116
1. La difficulté d'évaluer la suffisance de la structure du marché à la collusion.....	116
2. La nécessité de la délimitation du marché pertinent	117
CHAPITRE 2. LE RECOURS À LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT HORS DU CADRE DE L'ANALYSE DE L'ATTEINTE À LA CONCURRENCE	122
Section 1. La détermination du champ d'application du droit européen de la concurrence.....	122
§1. Les seuils de sensibilité.....	123
A. L'applicabilité de l'article 101 TFUE.....	124
1. La règle <i>de minimis</i> (Article 101§1).....	124
2. Le règlement d'exemption par catégorie (article 101§3 TFUE).....	130
B. Les zones de sécurité dans les fusions	134
§2. Les mécanismes de renvoi entre autorités nationales et européenne	136
A. La notion de « marché distinct »	138
B. La menace d'affectation significative de la concurrence	140
Section 2. La délimitation du marché pertinent en matière de sanctions et de renvoi préjudiciel	142
§1. L'appréciation de la sanction.....	143
A. La sanction dans la théorie économique	144
1. L'identification du dommage concurrentiel.....	144
2. La mesure du dommage concurrentiel.....	145
B. La sanction dans la doctrine juridique et le droit positif	147
1. Dans la doctrine communautaire	147

2. Dans le droit positif	148
a. Le droit communautaire	149
b. Le droit vietnamien.....	153
§2. Le renvoi préjudiciel	157
A. La recevabilité d'une ordonnance de renvoi préjudiciel.....	157
B. La délimitation du marché pertinent – condition de la recevabilité d'une ordonnance de renvoi en matière de concurrence	162
TITRE II. L'ÉMERGENCE DE MÉTHODES ALTERNATIVES	170
CHAPITRE 1. LES ENJEUX DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT ...	172
Section 1. Les marchés de produits différenciés.....	172
§1. La différenciation des produits.....	173
A. La différenciation horizontale	173
1. La localisation différente des entreprises.....	174
2. Les caractéristiques différentes des produits	175
B. La différenciation verticale des produits.....	175
§2. L'effet de la différenciation sur la délimitation du marché pertinent.....	177
A. Les difficultés liées à la délimitation du marché pertinent	178
1. La chaîne continue de substitution	178
a. Les principes généraux du test SSNIP.....	178
b. La chaîne de substitution	179
2. Les élasticités-prix croisées de la demande	182
B. L'adaptation du test SSNIP	183
1. Le seuil de référence de l'ordre de 20%	184
2. L'adaptation du raisonnement du SSNIP.....	187
a. L'identification des consommateurs infra-marginaux.....	188
b. La protection des infra-marginaux par les consommateurs marginaux.....	190
3. Le test SSNIP et la nouvelle <i>Critical Loss Analysis</i>	192
Section 2. Les marchés dynamiques et innovants.....	195
§1. Le dynamisme du marché.....	196
A. La théorie économique du développement du marché	196
1. Les phases de développement du marché	197

a. La phase de lancement	197
b. La phase de décollage	197
c. La phase de maturité	198
d. La phase de déclin	198
2. Le développement et les caractères des marchés innovants	199
a. Le marché des télécommunications	199
i. Le développement du marché des télécoms	200
ii. Les caractéristiques du marché des télécoms	201
b. Les marchés pharmaceutiques	202
i. La recherche et développement	202
ii. Le lancement du produit	204
iii. L'expiration du brevet	204
B. L'intégration de la dimension dynamique du marché à l'analyse concurrentielle	206
1. La reconnaissance de l'importance de l'analyse dynamique du marché en droit européen	206
2. L'analyse dynamique du marché dans les marchés innovants	208
§2. L'effet de l'innovation sur la délimitation du marché pertinent	212
A. Les effets de l'innovation	213
1. Les effets de l'innovation sur l'efficacité du produit	213
a. L'innovation	213
b. L'efficacité du produit	216
2. L'opposition entre la substituabilité et le processus de remplacement	219
a. Le principe de substitution	219
b. Le processus de remplacement	220
B. Les limites de la délimitation du marché pertinent	222
1. L'inadéquation de l'approche de l'appartenance à un même marché fondée sur l'observation de l'élasticité-prix croisée	222
2. La difficulté de l'anticipation des substituts futurs	226
CHAPITRE 2. LA RÉPONSE PAR DES MÉTHODES ALTERNATIVES	233
Section 1. Les nouvelles méthodes économétriques	233

§1. UPP – GUPPI – IPR.....	234
A. UPP – GUPPI – IPR	234
1. Upward Pricing Pressure	235
a. Le principe	235
b. Les avantages et les limites.....	237
i. Les avantages.....	237
ii. Les limites	238
2. Gross Upward Pricing Pressure Index.....	239
a. Le principe	239
b. Les améliorations par rapport à l’UPP	239
3. Illustrative Price Rise.....	241
B. L’application des UPP – GUPPI – IPR dans les affaires	243
1. Au niveau européen.....	243
a. Hutchison 3G Austria/ Orange Austria.....	243
b. Hutchison 3G UK/Telefónica UK.....	246
2. Au niveau national.....	249
a. En France	249
b. Au Royaume-Uni	253
c. En Suède	259
§2. L’approche fondée sur les effets directs dans les affaires d’abus de position dominante.....	262
A. Les difficultés de l’établissement de la preuve de l’abus	263
1. Le prix supra-concurrentiel ou prix excessif.....	265
a. La définition de prix excessif	265
b. Les méthodes d’appréciation de prix excessif	266
i. L’analyse de la rentabilité	266
ii. La comparaison de prix-coût.....	268
iii. La comparaison de prix.....	270
2. La restriction de la production	271
3. Les barrières fortes et durables à l’entrée	273
B. Le contexte européen	274

1. Les preuves directes d'un abus d'exploitation	275
a. Les méthodes d'appréciation de prix excessif utilisées dans la jurisprudence européenne	276
b. L'impossibilité d'établir des preuves directes	282
2. Les preuves directes d'un abus d'exclusion.....	285
a. Le rapport « An economic approach to Article 82 » de l'EAGCP.....	285
b. Les enjeux de la nouvelle approche.....	287
c. La position de la Commission et les juges européens	291
Section 2. Le remplacement de la délimitation du marché pertinent et ses conséquences juridiques	298
§1. Le remplacement complet de la délimitation du marché pertinent et ses conséquences juridiques.....	298
A. Les conséquences juridiques techniques.....	299
1. Dans un sens technique restreint	299
a. L'analyse substantielle des effets anticoncurrentiels	299
i. La valeur de précédent	300
ii. Le degré de prévisibilité.....	302
b. Les conséquences sur la réglementation sectorielle	304
2. Dans un sens technique large	306
a. L'applicabilité du droit européen de la concurrence	306
b. Le calcul des amendes	308
3. Le coût des erreurs dans la décision en matière de droit de la concurrence ...	309
a. En matière d'abus de position dominante	309
b. En matière de contrôle des concentrations	311
B. Les conséquences juridiques juridictionnelles	313
1. Les contraintes institutionnelles	314
2. L'alignement international.....	316
§2. Le remplacement partiel et le recours complémentaire à d'autres outils	320
A. Le remplacement partiel.....	320
1. En matière d'abus de position dominante	320
2. En matière de fusions	323
3. Le cas des marchés dynamiques et innovants	324

B. Le recours complémentaire à d'autres outils.....	328
1. La dépendance du choix des outils de la nature de la concurrence.....	328
2. La dépendance du choix des outils de la disponibilité des données.....	329
SECONDE PARTIE : LES MÉTHODES DE DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT.....	338
TITRE I. LA SUBSTITUABILITÉ ET L'ÉVOLUTION DES MÉTHODES D'ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ.....	340
CHAPITRE 1. LA SUBSTITUABILITÉ, CLÉ DE VOÛTE DE LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT.....	341
Section 1. La notion et la fonction de la substituabilité.....	341
§1. La notion de substituabilité.....	342
A. Le fondement du concept de substituabilité.....	342
1. Le fondement économique.....	342
2. Le fondement juridique.....	344
B. L'évolution de la notion de substituabilité.....	346
1. La substituabilité et l'interchangeabilité.....	347
2. La substituabilité et la similarité.....	349
§2. La fonction de la substituabilité.....	351
A. L'évaluation du rapport de concurrence des produits.....	351
B. L'évaluation du pouvoir de marché.....	354
Section 2. Les sources d'analyse de la substituabilité.....	358
§1. Le recueil des données.....	359
A. Les données fournies par les entreprises concernées.....	359
1. Le formulaire CO.....	360
2. Les documents d'affaires internes.....	361
3. La fourniture d'études par les entreprises.....	364
B. Les données recueillies par la Commission européenne.....	366
1. Les données recueillies à partir de sources publiques.....	367
a. Les documents publics.....	367
b. Les déclarations faites en dehors de la procédure.....	369
2. Les données recueillies à partir du « <i>market testing</i> ».....	369
a. Les données recueillies auprès des participants du marché.....	370

i. Les données recueillies auprès des consommateurs et des distributeurs	370
ii. Les données recueillies auprès les concurrents	372
iii. Les données recueillies auprès des associations professionnelles.....	373
b. La liaison avec les autorités de la concurrence nationales.....	374
§2. Les difficultés du recueil des données.....	377
A. Les difficultés liées au facteur temporel	378
1. Les contraintes temporelles de l'enquête.....	378
a. En matière de contrôle des concentrations	378
b. En matière de pratiques anticoncurrentielles	380
2. L'appartenance temporelle des données	382
a. En matière de contrôle des concentrations	383
b. En matière d'abus de position dominante et d'entente.....	384
B. Les difficultés liées à la disponibilité, la qualité et l'exploitation des données ...	386
1. La disponibilité des données	387
2. La qualité des données.....	388
3. L'exploitation des données	391
CHAPITRE 2. LES MÉTHODES D'ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ.....	396
Section 1. Les principes d'analyse de la substituabilité.....	397
§1. La substituabilité de la demande	397
A. La substituabilité de la demande dans la théorie économique	397
B. La substituabilité de la demande – principe primaire en droit européen	399
§2. La substituabilité du côté de l'offre	402
A. Le rôle de l'analyse de la substituabilité de l'offre dans la théorie économique..	403
B. Le rôle de l'analyse de la substituabilité de l'offre en droit européen de la concurrence	405
1. La substituabilité de l'offre – un principe secondaire	405
2. L'obstacle à la prise en considération systématique de l'analyse de la substituabilité	409
Section 2. L'évolution des méthodes d'analyse.....	414
§1. La méthode qualitative.....	415
A. Le fondement de la méthode qualitative	416

1. Le fondement de la méthode	416
2. L'usage de la méthode qualitative	418
a. En droit européen.....	419
b. En droit vietnamien	420
B. Les limites de la méthode qualitative.....	422
§2. Les méthodes quantitatives	427
A. Les tests de prix statistiques	427
1. Le test de corrélation	428
2. Le test de stationnarité	432
3. Le test du choc.....	435
4. L'analyse de la différence des niveaux de prix	438
5. Le test de Elzinga-Hogarty	440
6. Le test de causalité de Granger	446
7. Le test de co-intégration	448
B. Les analyses des contraintes de prix	451
1. Le test du monopoleur hypothétique (TMH)	452
a. Le principe.....	452
i. Le principe.....	453
ii. Le schéma décisionnel	457
b. La mise en œuvre.....	458
i. L'élasticité-prix de la demande	458
ii. L'élasticité-prix croisée de la demande	462
iii. L'analyse de la perte critique	466
c. Les difficultés	472
i. Le prix de référence et le sophisme de cellophane	472
ii. La substitution asymétrique.....	475
2. Le test du marché pertinent en équilibre parfait (<i>FERM</i>).....	477
3. Le ratio de diversion et l'UPP	479
4. L'estimation de la fonction de demande résiduelle.....	482
5. Les modèles de simulation de fusions	484
C. D'autres méthodes	489

TITRE II. LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE PRODUITS PERTINENT.....	495
CHAPITRE 1. LA SUBSTITUABILITÉ DE LA DEMANDE	496
Section 1. Les méthodes d’analyse de la substituabilité de la demande.....	496
§1. Les critères qualitatifs.....	497
A. Les caractéristiques et l'usage du produit.....	497
1. Les caractéristiques physiques	497
2. Les caractéristiques techniques	501
3. L'usage du produit	506
B. La substituabilité fonctionnelle des produits	508
1. Les produits vendus sous marque de fabricant et de distributeurs	509
2. Les produits et services innovants.....	512
C. Les écarts de prix	517
D. Les préférences des consommateurs.....	520
E. Les chaînes de distribution	521
F. Les barrières et les coûts associés à un passage aux produits de substitution	527
G. Les stratégies de marketing	528
H. Les conditions de concurrence	528
§2. Les critères quantitatifs.....	530
A. Les élasticité-prix de la demande et élasticité-prix croisée de la demande	531
B. L’analyse de la perte critical (CLA)	533
C. Le test de corrélation.....	537
D. L'analyse de stationnarité	541
E. L’analyse du choc	543
Section 2. L’analyse de la substituabilité de la demande dans le cas des marchés dynamiques et innovants – le test SSNDQ.....	545
§1. Le principe du test SSNDQ.....	546
§2. La mise en œuvre.....	547
CHAPITRE 2. LA SUBSTITUABILITÉ DE L’OFFRE.....	552
Section 1. La pratique de la Commission européenne.....	552
§1. Le coût et le temps d’adaptation.....	553
A. Le coût d’adaptation	553

B. Le temps d'adaptation.....	559
§2. L'incitation commerciale.....	560
Section 2. La nécessité d'une prise en considération systématique de la substitution de l'offre.....	564
§1. Le déficit du concept de substituabilité de la demande.....	565
§2. La nécessité de l'analyse de la substituabilité de l'offre et les méthodes d'analyse.....	566
A. La nécessité de l'analyse de la substituabilité de l'offre.....	567
B. Les critères et méthodes d'analyse de la substituabilité de l'offre	570
1. Les critères et méthodes d'analyse	570
2. Les marchés dynamiques et innovants	573
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	577
BIBLIOGRAPHIE.....	580
TABLE DES MATIÈRES.....	646
INDEX ALPHABÉTIQUE	658

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros de pages)

A

- alignement international 331, 333, 336, 337, 350, 682
- analyse de rentabilité 292, 297, 298
- analyse directe 16, 246, 287, 348
- applicabilité 9, 10, 128, 129, 130, 132, 136, 137, 140, 176, 177, 239, 240, 296, 315, 323, 330, 354, 446, 638, 677, 682
- appréciation de prix excessif 280
- asymétrie 106, 120, 124, 255
- chaîne de substitution 24, 36, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 243, 497, 679
- CLA 24, 203, 480, 491, 492, 493, 494, 496, 497, 562, 687
- collusion 14, 68, 104, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 677
- comparaison de prix-coût 280, 283, 284, 294, 681
- concurrence effective 3, 6, 7, 18, 38, 41, 45, 49, 58, 63, 81, 94, 96, 104, 106, 115, 141, 147, 220, 309, 322, 324, 369, 372, 377, 415, 534
- concurrence potentielle 60, 67, 81, 93, 95, 241, 242, 245, 359, 424, 427, 428, 429, 431, 433, 581, 603
- conséquences juridiques 26, 31, 180, 314, 315, 330, 336, 350, 682
- consommateurs infra-marginaux 197, 199, 200, 201, 202, 205, 244, 679

C

- calcul des amendes 149, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162
- caractéristiques physiques 21, 182, 442, 443, 525, 528, 532, 545, 686
- caractéristiques techniques 21, 368, 375, 442, 528, 529, 530, 686

consommateurs marginaux 200, 201, 202, 205, 244, 269, 479, 482, 485, 679
 contraintes de prix 23, 450, 475, 477, 515, 685
 contraintes institutionnelles 331, 682
 coût d'adaptation 433, 582, 687
 coûts 2, 69, 78, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 96, 97, 98, 108, 116, 119, 124, 153, 183, 197, 209, 213, 216, 223, 230, 236, 250, 251, 256, 258, 259, 281, 283, 284, 285, 289, 291, 292, 293, 294, 297, 302, 304, 308, 311, 319, 327, 328, 340, 343, 377, 379, 382, 383, 384, 393, 410, 429, 432, 434, 451, 453, 456, 459, 462, 467, 473, 484, 492, 496, 500, 511, 512, 513, 516, 518, 525, 530, 553, 562, 564, 575, 582, 584, 586, 587, 589, 590, 592, 593, 599, 676
 critère d'appréciation 533, 547
 critères qualitatifs 20, 524, 558, 580, 686
 critères quantitatifs 558, 687
Critical Loss Analysis 24, 202, 203, 205, 408, 493, 494, 495, 623, 630, 632, 679

D

de minimis 9, 10, 130, 132, 133, 135, 177, 323, 369, 370, 639, 677
 différence de prix 202, 296, 541, 545, 546, 547
 différenciation 12, 20, 78, 83, 86, 108, 111, 118, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 193, 196, 204, 205, 206, 208, 228, 234, 244, 252, 352, 375, 381, 418, 438, 676, 678
 différenciation verticale 182, 184
 disponibilité des données 342, 346, 348, 349, 398, 407, 408, 409, 415, 438, 475, 495, 497, 521, 524, 683, 684
 documents internes 381, 383, 386, 397, 414

dominance 42, 44, 48, 49, 51, 52, 53, 57, 59, 60, 104, 115, 121, 123, 286, 289, 301, 305, 307, 309, 311
 dommage concurrentiel 11, 151, 152, 153, 154, 156, 164, 175, 177, 325, 612, 678

E

écart de prix 232, 233, 297, 341, 512, 546, 547
 effets coordonnés 67, 104, 115, 121, 122, 124, 125, 126, 148, 252, 354, 677
 effets unilatéraux 8, 59, 68, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 114, 127, 148, 177, 247, 251, 252, 257, 261, 264, 265, 268, 269, 271, 273, 274, 275, 276, 335, 341, 347, 351, 511, 513, 514, 515, 607, 676, 677
 efficacité du produit 224, 225, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 243, 244, 680
 élasticité-prix croisée de la demande 20, 24, 25, 205, 236, 244, 352, 461, 479, 482, 487, 488, 489, 490, 494, 495, 497, 498, 503, 506, 515, 558, 559, 572, 580, 686, 687
 élasticité-prix de la demande 23, 42, 204, 269, 342, 479, 482, 483, 484, 485, 486, 489, 490, 495, 497, 506, 510, 515, 558, 559, 572, 686, 687
 exemption 10, 26, 42, 83, 130, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 324, 402, 677
 exploitation des données 33, 398, 407, 412, 684

F

FERM 503, 504, 505, 511, 515, 686

G

Gross Upward Pricing Pressure 246, 247

GUPPI 247, 248, 252, 253, 254, 256, 258,
260, 265, 266, 267, 272, 273, 274, 348,
507, 680, 681

I

IHH 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 347, 374,
400, 676

Illustrative Price Rise 247, 254, 681

innovation i, 34, 49, 58, 181, 185, 206, 207,
209, 211, 213, 216, 217, 219, 223, 224,
225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 233,
234, 235, 238, 239, 241, 242, 243, 244,
284, 304, 308, 335, 339, 340, 345, 352,
376, 579, 607, 629, 647, 680

instrument 5, 12, 15, 26, 37, 38, 39, 40, 66,
69, 76, 103, 126, 127, 128, 149, 150, 165,
176, 177, 310, 314, 325, 354, 363, 371,
377, 393, 518, 523, 570, 606, 634, 675,
676

IPR 247, 248, 254, 255, 256, 268, 269, 270,
271, 272, 273, 274, 680, 681

M

marché des télécoms 211, 212, 679

marché pertinent¹, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13,
14, 15, 18, 19, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31,
32, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 51, 58,
65, 67, 74, 75, 76, 93, 95, 98, 99, 100,
101, 102, 103, 104, 105, 107, 112, 113,
114, 121, 123, 125, 126, 127, 128, 129,
132, 137, 138, 149, 150, 151, 155, 156,
157, 159, 164, 165, 170, 171, 172, 173,
174, 175, 176, 178, 179, 180, 186, 187,
189, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 200,
202, 204, 206, 210, 213, 219, 220, 221,
224, 225, 230, 231, 233, 234, 236, 238,
242, 243, 246, 247, 250, 251, 254, 256,
263, 264, 267, 268, 274, 275, 276, 277,
289, 290, 296, 298, 299, 307, 312, 313,

314, 316, 317, 319, 320, 321, 322, 323,
324, 325, 327, 328, 329, 330, 332, 336,
337, 338, 339, 341, 342, 345, 346, 347,
348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355,
356, 357, 358, 360, 361, 363, 365, 366,
368, 369, 371, 372, 374, 376, 378, 380,
381, 385, 386, 389, 394, 396, 397, 399,
402, 403, 404, 409, 413, 414, 415, 417,
418, 423, 424, 427, 432, 434, 435, 436,
437, 439, 442, 443, 444, 448, 451, 452,
453, 456, 459, 463, 465, 467, 471, 472,
473, 475, 477, 478, 479, 480, 481, 485,
487, 491, 492, 496, 497, 498, 499, 500,
501, 502, 503, 508, 509, 510, 511, 516,
517, 518, 520, 521, 522, 523, 531, 534,
547, 558, 561, 562, 571, 573, 575, 577,
578, 579, 580, 581, 593, 594, 596, 597,
599, 600, 602, 603, 604, 605, 606, 607,
608, 611, 620, 624, 647, 676, 677, 678,
680, 682, 686

marché pharmaceutique 213, 343

marchés dynamiques 28, 33, 179, 206, 235,
244, 284, 304, 338, 342, 345, 349, 352,
355, 449, 539, 574, 578, 600, 603, 604,
607, 679, 683, 687, 688

marchés innovants 181, 206, 207, 210, 217,
219, 222, 224, 231, 238, 343, 679, 680

market testing 387, 389, 390, 396, 397, 684

méthode qualitative 20, 438, 441, 443, 445,
448, 449, 685

méthodes économiques 17, 25, 28, 29, 31,
32, 33, 311, 325, 329, 338, 339, 340, 341,
350, 375, 417, 514, 518, 519, 520, 521,
559, 580, 606

méthodes quantitatives 21, 25, 26, 28, 105,
112, 113, 114, 164, 175, 246, 350, 353,
360, 399, 400, 406, 407, 408, 413, 443,
450, 475, 518, 522, 558, 572, 685

méthodes statistiques 450, 470

modèle de Bertrand 347

modèle de Cournot 70, 108, 347, 508, 677
monopoleur hypothétique 23, 178, 187, 195,
203, 204, 205, 352, 359, 422, 460, 468,
475, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 484,
486, 490, 491, 492, 494, 495, 497, 501,
503, 504, 522, 563, 564, 565, 580, 600,
602, 603, 607, 685

N

nature de la concurrence 115, 181, 206, 216,
219, 224, 242, 346, 348, 349, 352, 518,
521, 683

P

part de marché 10, 16, 25, 29, 34, 42, 43, 44,
50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61,
62, 64, 65, 66, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76,
77, 81, 82, 85, 89, 102, 105, 106, 107,
108, 110, 113, 114, 120, 124, 126, 129,
131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138,
139, 140, 141, 142, 143, 148, 149, 158,
159, 160, 165, 175, 176, 179, 217, 222,
229, 257, 260, 270, 305, 323, 325, 347,
348, 354, 373, 374, 404, 432, 506, 507,
508, 537, 591, 596, 597, 606, 607, 675,
676, 677

performance du produit 34, 36, 181, 224,
235, 236, 242, 244, 355, 523, 524, 574,
576, 579, 603, 605, 608

perte critique 24, 46, 203, 204, 244, 352,
408, 480, 482, 491, 492, 493, 494, 496,
497, 503, 515, 559, 561, 562, 563, 564,
565, 572, 580, 686

phase de développement 207

position dominante 3, 5, 7, 9, 10, 18, 23, 24,
26, 27, 29, 31, 33, 38, 39, 41, 42, 43, 44,
45, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57,
58, 59, 60, 61, 62, 64, 66, 73, 74, 76, 80,
81, 82, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 106, 118,
122, 139, 141, 147, 164, 171, 172, 173,

215, 218, 220, 222, 229, 247, 276, 277,
279, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 289,
290, 291, 294, 298, 299, 300, 301, 303,
305, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 316,
317, 318, 319, 321, 326, 335, 338, 339,
343, 345, 351, 353, 355, 360, 365, 367,
376, 383, 387, 397, 401, 405, 406, 421,
429, 444, 482, 498, 499, 501, 502, 608,
611, 612, 623, 626, 682, 684

pouvoir de marché 3, 6, 7, 8, 10, 13, 15, 22,
24, 25, 27, 29, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 42,
43, 44, 46, 48, 49, 50, 52, 54, 57, 58, 60,
61, 69, 70, 72, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 83,
84, 87, 93, 94, 95, 96, 99, 100, 102, 103,
104, 105, 112, 126, 127, 133, 135, 136,
139, 140, 141, 147, 149, 153, 176, 177,
179, 181, 183, 186, 189, 192, 193, 197,
202, 205, 218, 219, 222, 235, 236, 237,
278, 280, 281, 286, 288, 301, 304, 305,
306, 307, 342, 347, 352, 353, 354, 357,
371, 374, 375, 376, 377, 378, 415, 418,
424, 426, 436, 460, 475, 486, 489, 493,
496, 498, 499, 500, 501, 504, 509, 517,
520, 563, 575, 581, 596, 597, 606, 620,
629, 675, 683

préférences des consommateurs 145, 183,
184, 209, 228, 231, 261, 422, 440, 444,
495, 525, 538, 548, 687

preuves directes 277, 278, 289, 290, 297,
300, 311, 312, 339, 343, 346, 681

prévisibilité 17, 316, 318, 322, 328, 350, 682

prix excessif 279, 280, 283, 284, 286, 288,
289, 291, 292, 294, 297, 298, 299, 300,
312, 319, 327, 340, 517, 681

processus de remplacement 231, 232, 234,
235, 680

produits différenciés 15, 31, 72, 107, 111,
112, 113, 114, 179, 181, 184, 186, 187,
188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196,
197, 202, 203, 204, 205, 243, 247, 248,

252, 256, 276, 313, 338, 341, 345, 346,
347, 348, 349, 350, 352, 353, 355, 362,
373, 474, 489, 492, 497, 505, 509, 510,
511, 557, 564, 575, 607, 677, 678
produits homogènes 31, 70, 72, 107, 108,
109, 111, 112, 126, 196, 203, 205, 231,
232, 270, 346, 347, 362, 373, 492, 677

Q

qualité des données 361, 407, 409, 410, 414,
684
qualité du produit 196, 574, 575, 579, 580

R

ratio de diversion 113, 203, 204, 249, 250,
251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 266,
268, 269, 270, 273, 375, 476, 505, 506,
507, 508, 509, 515, 686
recueil des données 379, 398, 400, 412, 413,
683, 684
réglementation sectorielle 315, 320, 321, 682
remplacement de la délimitation du marché
17, 180, 275, 314, 315, 320, 323, 324,
325, 330, 332, 336, 416
remplacement partiel 337, 338, 349, 351,
353, 682
renvoi préjudiciel 11, 128, 150, 165, 166,
167, 168, 170, 173, 174, 175, 176, 177,
354, 607, 612, 615, 678
rôle instrumental 103, 127, 143, 176, 315,
319, 606

S

sanction 11, 122, 128, 150, 151, 152, 154,
155, 156, 160, 161, 162, 164, 175, 176,
177, 315, 324, 325, 326, 607, 621, 646,
678
schéma décisionnel 481, 685

sécurité juridique 17, 18, 28, 97, 135, 137,
138, 139, 140, 143, 315, 318, 319, 324,
329, 330, 346, 413, 616, 626, 629, 643
seuil de sensibilité 129, 132, 135, 142, 149,
176, 271, 323
sophisme de cellophane 24, 493, 498, 499,
500, 501, 502, 503, 686
SSNDQ 34, 574, 575, 576, 577, 578, 579,
580, 605, 608, 687
SSNIP 23, 24, 34, 47, 187, 189, 191, 192,
195, 196, 197, 202, 203, 204, 205, 234,
235, 244, 254, 268, 274, 408, 459, 460,
469, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482,
489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496,
497, 499, 501, 502, 503, 504, 511, 517,
562, 564, 573, 574, 575, 576, 577, 578,
579, 600, 622, 626, 630, 679
stabilité du marché 116, 677
substituabilité de l'offre 27, 236, 377, 423,
424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431,
432, 433, 434, 435, 436, 496, 523, 581,
586, 593, 595, 596, 597, 599, 600, 603,
604, 605, 685, 687, 688
substituabilité de la demande 148, 418, 419,
420, 421, 422, 423, 424, 428, 429, 430,
436, 437, 473, 520, 522, 523, 524, 536,
538, 574, 594, 600, 605, 684, 686, 687
substituabilité des produits 21, 112, 179, 188,
192, 225, 232, 235, 359, 364, 369, 373,
376, 390, 394, 406, 415, 417, 418, 422,
474, 518, 519, 521, 524, 525, 531, 533,
545, 548, 556, 558, 564, 565, 573, 575,
578, 579, 580
substitution asymétrique 24, 498, 501, 502,
503, 686
supra-concurrentiel 278, 279, 493, 681

T

temps d'adaptation 433, 582, 588, 687

test de causalité de Granger 451, 469, 471, 473, 685
test de co-intégration 451, 471, 472, 685
test de corrélation 451, 455, 457, 474, 559, 565, 685, 687
test de Elzinga-Hogarty 464, 465, 474
test de stationnarité 451, 456, 457, 472, 474, 559, 569, 685
test du choc 451, 458, 474, 559, 685
TMH 23, 24, 26, 28, 34, 179, 352, 417, 422, 476, 477, 478, 491, 492, 494, 497, 498, 502, 503, 509, 515, 517, 518, 519, 520, 522, 558, 559, 561, 572, 580, 600, 603, 605, 607, 685
transparence du marché 116, 117, 121, 148, 677

U

UPP 15, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 259, 260, 261, 263, 264, 272, 273, 274, 275, 276, 319, 348, 350, 355, 505, 507, 508, 509, 643, 680, 681, 686
Upward Pricing Pressure 15, 31, 246, 247, 248, 252, 259, 313, 353, 506, 608, 636, 680, 681
usage du produit 228, 421, 525, 534, 686

V

valeur de précédent 316, 317, 318, 322, 682

Z

zone de sécurité 61, 71, 129, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 149, 324

Résumé de thèse

La délimitation du marché pertinent est l'un des outils les plus importants dont disposent les autorités de la concurrence pour examiner et évaluer les problèmes de concurrence. Mais elle est également le sujet le plus ardu du droit de la concurrence et a fait l'objet de vifs débats entre les juristes et les économistes depuis des décennies. La question n'a jamais été résolue une fois pour toute. En effet, depuis le début de cette décennie, le professeur Louis KAPLOW, le plus récent parmi les plus hostiles à la délimitation du marché, a remis en question cette procédure tout en faisant valoir qu'elle devrait être abandonnée. À la même période, les deux économistes Carl SHAPIRO et Joseph FARRELL ont proposé le test *Upward Pricing Pressure* (UPP) comme alternative à la délimitation du marché pour apprécier les fusions ayant lieu sur des marchés de produits différenciés. Plusieurs tests dérivés suivant le même principe ont ensuite été élaborés. Les débats ont pris cette fois-ci une dimension plus fondamentale, en particulier lorsque les autorités américaines de la concurrence ont révisé en 2010 les *Horizontal Merger Guidelines* en adoptant l'approche selon laquelle l'analyse d'une fusion ne doit pas nécessairement débiter par la délimitation du marché.

Ces évolutions aussi importantes posent la question de savoir comment le droit européen de la concurrence devrait réagir. La délimitation du marché devrait-elle demeurer l'étape préalable de toute analyse de la concurrence ou doit-elle être remplacée par d'autres méthodes quantitatives ? Lorsque le marché pertinent joue un rôle d'instrument d'analyse dans tous les domaines du droit

européen (entente, abus de position dominante et contrôle des concentrations), quelles seraient les conséquences juridiques de son abandon pur et simple ? Dans une autre perspective, la réfutation des nouvelles méthodes économiques aurait-elle des répercussions lorsque dans certains marchés spécifiques, la délimitation du marché à l'aide du test du monopoleur hypothétique (TMH) ne serait pas celle qui permet d'évaluer au mieux les effets anticoncurrentiels ? La délimitation du marché pertinent en fonction uniquement de la substituabilité du côté de la demande dans la pratique actuelle de la Commission européenne est-elle une approche pertinente ? Dans le contexte où la notion de marché pertinent est désormais communément utilisée dans la quasi-totalité des pays où il existe un droit de la concurrence, l'impact que l'évolution du droit européen, l'un des plus avancés du monde, peut avoir sur les autres ne doit pas être sous-estimé. Le droit vietnamien de la concurrence en est un, d'autant plus qu'il s'inspire des principes du droit européen ainsi que de son modèle administratif.

Mots – clés : Marché pertinent, pouvoir de marché, SSNIP-UPP-SSNDQ, substituabilité

Thesis abstract

Market definition is one of the most important analytical tools used by the competition authorities to examine and evaluate competition problems. But it is also the most difficult subject of competition law and has been the subject of heated debate between lawyers and economists for decades. The issue has never been resolved once and for all. Indeed, since the beginning of this decade, Professor Louis Kaplow, the most recent “hostile proponent” to market definition, has questioned this procedure while arguing that it should be abandoned. At the same time, the American economists Carl Shapiro and Joseph Farrell propose an economic method named Upward Pricing Pressure as an alternative to market definition in analysing the competitive effects of mergers in markets with differentiated products. Several derived tests following the same principle were developed. The current debate seems to have taken on a more fundamental dimension, in particular since 2010 when the US competition authorities revised the Horizontal Merger Guidelines which state that market definition is not necessarily the first step in a merger analysis.

These important developments raise the question how European competition law should react. Should market definition remain a prerequisite for any competition analysis or should it be replaced by other quantitative methods? While the relevant market plays a role as an instrument of analysis in all areas of European competition law (cartel, abuse of dominant position and merger control), what would be the legal consequences of abandoning it altogether? From another perspective, could the exclusion of new economic methods have any repercussions in cases, such as in certain specific markets, where the definition of the relevant market using the hypothetical monopolist test (TMH) would not be the best way to assess anticompetitive effects? Is market definition based only on demand-side substitutability, in the current practice of the European Commission, an appropriate approach? In the context where the concept of relevant market is now commonly used in almost all countries where competition law exists, the impact that the evolution of European law, being one of the most advanced in the world, can have on others should not be underestimated. Vietnamese competition law would certainly be impacted as it is based on the principles of European law and its administrative model.

Keywords: Relevant market, market power, SSNIP-UPP-SSNDQ, substitutability