

L'arrêt du Tribunal de première instance, qui décortique de manière systématique et annule la décision d'interdiction de la fusion entre *Airtours* et *First Choice* prise par la Commission européenne en 1999, constitue un tournant décisif dans le contexte de la politique européenne de concurrence.¹ Le Tribunal a accepté pratiquement tous les arguments de *Airtours* et a été très sévère dans ses critiques de l'analyse effectuée par la Commission, concluant que la décision était « entachée d'un ensemble d'erreurs d'appréciation ». L'arrêt établit des règles claires pour l'évaluation des fusions dans des marchés à structure oligopolistique, et cela représente l'aspect le plus important de l'arrêt pour les fusions futures en Europe.

La clarification du test

Dans l'arrêt, il ne fait plus aucun doute que la dominance collective implique une évaluation des possibilités de coordination tacite. Telle fut la position de *Airtours* depuis le début, et l'un des points principaux de l'appel concernait l'écart entre la décision prise par la Commission et l'approche adoptée par celle-ci dans les cas précédents de dominance collective.² Le Tribunal a établi trois conditions nécessaires :

- Premièrement, le marché doit être suffisamment transparent pour que chaque membre de l'oligopole puisse contrôler les actions des autres membres, et ce, afin de jauger s'ils appliquent ou non la « même ligne d'action » (qui consiste à diminuer la production et à augmenter les prix).
- Deuxièmement, un mécanisme de punition est un élément essentiel pour s'assurer que cette « même ligne d'action » puisse durer. En effet, il est nécessaire de contrer les incitants à « tricher ».
- Troisièmement, il est également nécessaire de montrer que la réaction des concurrents et des consommateurs ne viendra pas éroder les bénéfices attendus de cette « même ligne d'action » (dans le cadre du cas *Airtours*, ceci impliquait avant tout une évaluation des barrières à l'entrée).

Le Tribunal a mis l'accent sur le fait que, pour décider d'interdire une fusion sur base de la dominance collective, la Commission doit présenter des faits convaincants, qui montrent que ces conditions sont satisfaites.

Pour déterminer si une situation de dominance collective risque d'être créée, le Tribunal a considéré que l'intensité de la concurrence au moment de la notification constitue une « circonstance déterminante ». A ce propos, le Tribunal a dépeint la description du marché des vacances à forfait, avant la fusion, effectuée par la Commission comme étant « particulièrement elliptique ». Mais le Tribunal a noté que la Commission n'avait pas soutenu dans ses plaidoyers qu'une situation de dominance collective existait déjà au moment de la notification. Cela signifie que la Commission devait montrer qu'une situation de dominance collective serait *créée*, et non pas *renforcée*.

En ce qui concerne la situation concurrentielle avant la fusion, un des arguments principaux de la Commission se rapportait au fait que les grandes entreprises adoptent une approche « prudente » dans leur planification des capacités. Le Tribunal a rejeté cette observation en concluant que les parties en question avaient le « droit de s'adapter intelligemment au comportement existant et prévu de leurs concurrents ». C'est une conclusion très importante car l'un des arguments principaux de *Airtours* consistait à dire que dans la décision, la Commission confondait interaction « acceptable » entre membres d'un oligopole et coordination tacite.

La nécessité d'un mécanisme de représailles

L'arrêt met également fin une fois pour toutes au débat concernant la nécessité d'un mécanisme de représailles quand la dominance collective est évaluée. Le Tribunal a décrit la position adoptée par la décision comme étant « quelque peu ambiguë » puisque, d'une part, la Commission n'a pas considéré qu'un « mécanisme de punition strict » était requis, et d'autre part, la Commission a noté que lorsqu'il y a « de fortes incitations à limiter la concurrence, la coercition n'est pas systématiquement nécessaire » tout en soutenant qu'il était possible de mettre en oeuvre des représailles sur le marché des vacances à forfait.³ Toutefois, le Tribunal a écarté tous les doutes possibles en confirmant le consensus existant dans la littérature économique, selon lequel un mécanisme de représailles crédible est un élément essentiel pour assurer la durabilité d'un accord de coordination tacite, et ce, en raison de la nécessité de contrer les incitants individuels de chaque entreprise à « tricher ».

Le Tribunal a passé en revue, de manière systématique tous les mécanismes de dissuasion identifiés dans la décision, et a conclu qu'aucun d'entre eux ne constituait un mécanisme de représailles crédible. Le Tribunal a fait deux observations particulièrement pertinentes dans le cadre de l'évaluation de la crédibilité des représailles dans les cas futurs. Premièrement, selon le Tribunal, la Commission avait tort quand elle a conclu que la simple possibilité de retourner vers une situation d'offre excédentaire (telle que celle observée sur ce marché en 1995 quand l'évolution de la demande avait mal été anticipée) pouvait jouer un rôle dissuasif. Deuxièmement, selon le Tribunal, même s'il n'est pas nécessaire que la Commission prouve l'existence d'un mécanisme de représailles spécifique ayant un certain niveau de sévérité, la Commission doit toutefois démontrer l'existence de mécanismes de dissuasion suffisants. Pris ensemble, ces points indiquent le standard de preuve qui sera dorénavant requis dans les cas futurs : la Commission doit démontrer l'existence d'un mécanisme de punition crédible mais il n'incombe pas à la Commission de décrire minutieusement comment ce mécanisme fonctionnera, ce qui semble être un compromis raisonnable.

L'analyse des faits dans le cas *Airtours*

Durant la procédure d'appel, *Airtours* a soutenu que la décision initiale avait été « forcée » dans le sens où les caractéristiques du marché des vacances à forfait n'étaient pas favorables à l'émergence d'une situation de

¹ Lexecon Ltd fut le conseiller économique de *Airtours* durant le cas initial et tout au long de la procédure d'appel.

² A ce propos, pour une discussion détaillée, voir notre *Competition Memo* 'Le cas *Airtours*', novembre 1999.

³ Voir les paragraphes 150 et 151 de la décision.

coordination tacite. Le Tribunal partage clairement cette opinion et l'arrêt est extrêmement critique par rapport à l'analyse empirique et théorique de la Commission. Par exemple :

- La Commission n'a pas démontré qu'il y avait suffisamment de transparence pour que les membres de l'oligopole puissent contrôler la capacité au moment où les choix de capacités sont faits.
- La Commission a eu tort de considérer que les conclusions du rapport sur l'état de la concurrence sur le marché des vacances à forfait, publié en 1997 par les autorités de concurrence britanniques (Monopolies and Mergers Commission ou MMC) pouvaient être ignorées en raison des fusions qui avait suivi la publication du rapport.
- La Commission a eu tort d'affirmer que le calcul des parts de marché ne devait pas tenir compte des acquisitions et que par conséquent, les parts de marché avaient été stables.
- L'analyse du taux de croissance et de la volatilité de la demande est également fondamentalement défectueuse.
- Finalement, la Commission n'a pas donné suffisamment d'importance aux réactions possibles des consommateurs et des petites entreprises « en marge » dans le cas où les quantités offertes seraient réduites et les prix augmentés.

Le ton adopté par le Tribunal est sévère. Par exemple, le Tribunal a constaté que la Commission s'est appuyée sur un extrait d'une page provenant d'un document d'une agence publicitaire pour conclure que le taux de croissance de la demande était « globalement faible ». Après avoir examiné ce document, le Tribunal a considéré que même une lecture rapide indiquait que l'interprétation de la Commission était « erronée » puisque le document insistait par ailleurs sur la croissance importante de la demande qui avait été observée.

Le Tribunal est également très critique de l'interprétation faite par la Commission de la théorie économique. Par exemple, dans les plaidoyers, la Commission a accepté l'argument de *Airtours* selon lequel la théorie économique montre que la volatilité de la demande rend la coordination tacite plus difficile. En effet, la volatilité de la demande rajoute du « bruit » et rend la détection des déviations plus difficile. Toutefois, la Commission avait considéré que cette conclusion « ne s'appliquait pas » dans ce cas mais le Tribunal a catégoriquement rejeté cette conclusion.

Le Tribunal a examiné de manière minutieuse l'analyse des faits effectuée par la Commission. Cet aspect de l'arrêt a des implications très importantes, qui dépassent le cadre de la dominance collective. Le Tribunal a indiqué des règles précises quant au standard attendu pour l'analyse économique dans des cas de fusions. Les faits doivent être évalués de manière attentive et mis en relation avec l'analyse économique entreprise.

Les implications pour les cas futurs

Durant les trois années qui ont suivi la décision *Airtours*, la réflexion de la Commission par rapport à la dominance collective a évolué. Dans certains cas, cette réflexion est

devenue plus sophistiquée. Toutefois, cette évolution n'a pas été systématique, ce qui implique que l'attitude que la Commission risque d'adopter dans chaque cas reste imprévisible.

Dans certains cas, l'approche de la Commission est toujours relativement « mécanique » dans sa revue des éléments de la « liste de critères » pour l'évaluation de la dominance collective (*checklist*). Si la méthodologie du Tribunal est suivie, une telle approche ne peut plus être appliquée: la Commission doit maintenant expliquer pourquoi les caractéristiques de la « *checklist* » facilitent la coordination tacite. Bien que le cadre analytique développé par le Tribunal ne résolve pas les difficultés inhérentes à l'évaluation de la probabilité de coordination future, la signification du concept de dominance collective est clarifiée et les éléments nécessaires de l'analyse sont spécifiés. Ainsi, le test défini par l'arrêt du Tribunal devrait apporter plus de prévisibilité quant à la manière dont la dominance collective sera analysée mais il pourrait aussi entraîner une application moins « mécanique » de la « *checklist* », ce qui constituerait un développement bienvenu.

Le futur dépendra en partie de la manière dont la Commission va réagir à l'arrêt. Les premières indications ne sont pas très encourageantes. En effet, selon la Commission, ce cas montre qu'elle est soumise à un contrôle strict et indépendant mais cette réponse ignore le fait que trois années se sont écoulées entre la décision et l'arrêt. La plupart des entreprises qui notifient leurs transactions à la Commission seront toujours d'avis qu'un compromis immédiat permettant l'autorisation d'une fusion (quelle que soit la qualité des arguments de la Commission) est préférable à une victoire à la Pyrrhus trois ans plus tard.

La nouvelle « procédure accélérée » ne constitue pas non plus la panacée : les délais sont également longs, elle n'est pas accordée automatiquement et il y a des limitations quant aux arguments revus par le Tribunal. Dans ce contexte, le débat sur le test qui devrait être adopté, à savoir un test de dominance ou un test de réduction significative de la concurrence (comme aux Etats-Unis) n'a qu'une importance secondaire : il est plus important de soumettre les décisions de la Commission à une procédure d'appel plus rapide. Il est en effet difficile de concilier la qualité de l'analyse effectuée par la Commission dans le cas *Airtours* et l'argument de la Commission selon lequel son comportement est « contraint » par la menace d'un appel réussi.

Conclusion

La victoire écrasante de *Airtours* (devenu depuis MyTravel) offre peu de bénéfice immédiat à l'entreprise elle-même mais la décision d'aller en appel a une portée bien plus large. Premièrement, le Tribunal a clarifié le test de dominance collective, ce qui rendra l'analyse plus prévisible dans les cas futurs. Deuxièmement, la sévérité de l'arrêt doit être interprétée comme un message envoyé à la Commission. En effet, la portée de l'arrêt dépasse de loin le cadre de la dominance collective. L'arrêt met en exergue le besoin d'une plus grande transparence et d'une plus grande responsabilité de la Commission dans le processus de prise de décision.

juin 2002

© CRAI International (publié initialement par Lexecon Ltd avant son acquisition par CRAI)