

Competition Memo : Octobre 2000

Les “effets indirects” dans le contrôle des concentrations

Pour évaluer une concentration, le point de départ habituel consiste en l'identification des activités des entreprises concernées qui sont communes ou liées de manière verticale. Toutefois, dans un nombre de plus en plus important de cas, la Commission a commencé à émettre des inquiétudes à propos de fusions sur des marchés où les activités des entreprises concernées ne se chevauchent pas de manière directe. Cette attention croissante envers les “effets indirects” produits par des concentrations indique que l'analyse conventionnelle, qui consiste à évaluer les changements du niveau de concentration sur un marché en cause correctement défini, ne suffit plus pour identifier tous les problèmes concurrentiels potentiels.

Le competition memo de Lexecon du mois d'avril 1998 traitait d'un cas dans lequel des problèmes concurrentiels avaient été établis sur base de tels effets indirects – l'effet en question que l'on appelle “l'effet de portefeuille” est lié à la mise en commun de marques sur plusieurs marchés en cause. Cet effet avait été mis en avant dans la fusion *Guinness/Grand Metropolitan*. Le pouvoir de portefeuille n'est pas un exemple isolé : d'autres effets indirects ont été identifiés par la Commission. Parmi les cas récents, nous pouvons citer les cas *Telia/Telenor* et *Vodafone AirTouch/ Mannesmann*.

L'analyse de la Commission (non publiée à l'heure actuelle) à propos de l'acquisition conjointe de BOC par Air Liquide (AL) et Air Products (AP) illustre très bien les différentes manières dont les effets indirects peuvent inquiéter les autorités de concurrence.¹ Parmi les effets indirects identifiés par la Commission, nous pouvons citer :

- L'élimination de la *concurrence potentielle*;
- Des opportunités accrues de *représailles*; et
- La combinaison de positions dominantes, pouvant renforcer la dominance de la nouvelle entité.

Ce memo décrit l'analyse des effets indirects effectuée par la Commission dans le cas AL/BOC et analyse les implications pour l'évaluation des fusions dans le futur.

Le cas Air Liquide/BOC

Toutes les entreprises concernées par ce projet de transaction étaient actives dans le domaine de la livraison de gaz industriels (les gaz tels que l'oxygène, l'azote, le dioxyde de carbone, l'hélium ainsi que d'autres gaz, utilisés dans des applications industrielles). L'analyse de la Commission couvrait plusieurs marchés des produits. Toutefois, les marchés intéressants pour notre discussion concernent la livraison de gaz de l'air (oxygène, nitrogène, dioxyde de carbone et argon). Ces gaz peuvent être fournis en grande quantité à l'aide de camions-citernes (livraison *en vrac*) ou en petite quantité en bouteilles (livraison *en bouteille*).

Effets indirects sur les marchés en vrac et en bouteille

La Commission a conclu que l'étendue géographique des marchés en vrac et en bouteille était tout au plus nationale. Pour les gaz de l'air, les activités de BOC en

Europe se limitaient au Royaume-Uni et à l'Irlande.² AL était actif dans un certain nombre de pays européens mais pas au Royaume-Uni ni en Irlande. La fusion n'avait aucune dimension verticale sur ces marchés. Par conséquent, il n'y avait pas de chevauchement direct – ni vertical ni horizontal – sur les marchés de la livraison en vrac et en bouteille de gaz de l'air. Toutefois, en se basant sur des inquiétudes liées à toute une série d'effets indirects, la Commission a conclu que la fusion mènerait à un renforcement de positions déjà dominantes sur ces marchés.

• *Élimination de la concurrence potentielle*

En analysant la concurrence potentielle, la Commission s'est particulièrement concentrée sur la disparition de AL en tant que concurrent potentiel de BOC au Royaume-Uni. En raison de sa taille et de sa présence globale, la Commission considérait AL comme étant le seul entrant potentiel crédible sur le marché britannique. Le fait que AL ne soit jamais entré sur le marché britannique auparavant fut considéré comme une “décision stratégique” qui pouvait être modifiée à tout moment. Selon la Commission, cela signifiait qu'il n'existait pas de “facteurs objectifs” empêchant l'entrée sur le marché britannique. Cette logique est assez étrange – en particulier, l'idée que des décisions stratégiques ne sont intrinsèquement pas basées sur des facteurs objectifs. Le point le plus important est sans doute le fait que l'analyse de la Commission ne contienne aucune réflexion sur les *raisons* pour lesquelles AL a choisi de ne pas entrer sur le marché britannique ni sur l'éventualité que cette décision ne change dans le futur.

Selon la Commission, BOC était un concurrent potentiel crédible pour AL sur le marché français. Pour illustrer cet argument, la Commission a souligné le fait que par le passé, BOC avait établi des opérations en Europe continentale (Belgique et Pays-Bas). BOC a récemment vendu ces activités à AL dans le cadre d'un accord indépendant de l'acquisition – BOC avait décidé de quitter l'Europe continentale. L'interprétation la plus évidente de cette décision semble être à l'opposé de l'explication offerte par la Commission – à savoir que BOC ne doit justement *pas* être considéré comme un entrant potentiel imminent puisque BOC a déjà tenté d'entrer sur ce marché dans le passé et a récemment choisi de le quitter.

La volonté de la Commission de s'opposer à une fusion sur base du fait que l'opération élimine une concurrence *potentielle* soulève des questions sérieuses. Une telle conclusion pourrait être justifiée s'il est possible de montrer que le niveau des prix pratiqués sur un marché est influencé par la menace de l'entrée – c'est à dire que le marché est dans une certaine mesure “contestable” – mais l'argument de la Commission était tout autre. En effet, l'approche sous-jacente dans l'analyse de la Commission semble bien plus conservatrice. En effet, le simple fait qu'aucune des entreprises concernées ne soit plus un

¹ Lexecon a conseillé Air Products pour les aspects européens de la transaction (la fusion, qui a été autorisée par la Commission sous conditions, a finalement été abandonnée suite à l'opposition des autorités américaines. Cette opposition reflète le chevauchement plus important des activités des entreprises concernées aux Etats-Unis).

² La Commission a également exprimé quelques inquiétudes en raison de l'élimination de la concurrence *effective* entre AL et BOC en raison d'une transaction précédente par le biais de laquelle AL avait racheté les opérations en vrac et en bouteille de BOC dans le Benelux. Ce memo ne traite pas des aspects de cette opération précédente mais il est intéressant de noter que selon la Commission, cette transaction (qui ne relevait pas du contrôle des concentrations au niveau européen et qui avait été autorisée par les autorités nationales concernées) devait être à nouveau évaluée dans le cadre de l'acquisition AL/BOC

concurrent potentiel indépendant est une source d'inquiétude en soi, et ce, sans qu'il n'y ait aucune indication que cela risque de modifier ou pas le fonctionnement du marché. Si l'on pousse l'argument jusqu'au bout, cela constitue une approche particulièrement sévère du contrôle des concentrations.

- **Des opportunités accrues de représailles**

Dans son analyse, la Commission se souciait également du fait que le nouveau groupe aurait une couverture géographique plus étendue que chacune des entreprises concernées prises séparément (c'est à dire que les concurrents se feraient concurrence sur un plus grand nombre de marchés). Dès lors, la nouvelle entité serait en mesure de mettre en place plus facilement des "représailles" à l'encontre de concurrents en s'engageant dans des guerres de prix sur les marchés où les concurrents sont déjà établis. Cela permettrait au nouveau groupe d'infliger des pertes plus importantes à un concurrent qui refuserait de limiter la concurrence. En d'autres mots, cet argument revient à conclure que la fusion entraînerait (ou renforcerait) un accord tacite de partage du marché européen. En particulier, il y aurait une coordination entre les entreprises concurrentes sur les parts de marchés "attribuées" à chacune d'entre elles sur les différents marchés et en cas de non-respect de "l'accord", des mesures de représailles seraient mises en place.

La théorie économique analysant les contacts entre entreprises sur de nombreux marchés ("multi-market contacts") établit clairement que les circonstances, même théoriques, dans lesquelles une fusion risque d'aboutir à de tels comportements sont très limitées. Le simple fait que suite à une fusion, une entreprise puisse plus facilement réagir à la concurrence sur un marché par une action sur un autre marché ne signifie pas qu'il serait rationnel de le faire. La Commission s'est contentée d'observer les opportunités de mettre en place des représailles mais a laissé de côté la question tout aussi importante de savoir si un tel comportement avait un sens quelconque au niveau commercial. De plus, la Commission n'a apporté aucune indication empirique suggérant que ce genre de comportement avait déjà été observé ou qu'un tel comportement était probable sur le marché des gaz industriels.

- **La combinaison de positions dominantes**

La Commission a identifié un problème additionnel : la "mise en commun" des positions dominantes respectives des entreprises concernées sur leur marché d'origine (Royaume-Uni/Irlande pour BOC; France pour AL) allait renforcer la dominance sur ces marchés d'origine. En partie, ce souci semblait être un peu plus élaboré que l'idée selon laquelle l'entité combinée serait plus grande que les deux entreprises prises séparément. La Commission pensait en effet que cette mise en commun augmenterait les barrières à l'entrée en facilitant des comportements anti-concurrentiels.

Plus particulièrement, la Commission considérait que l'entité fusionnée serait capable d'utiliser sa dominance d'une manière ou d'une autre sur un marché pour la transférer sur un autre marché. Il était suggéré que AL/BOC combinés seraient capables d'attirer des clients multinationaux en offrant des conditions avantageuses au Royaume-Uni de manière à obtenir des contrats en France, ou vice-versa. Toutefois, il n'était pas suggéré – même pas dans l'analyse de la Commission – que de telles actions seraient anti-concurrentielles et l'effet néfaste supposé pour le consommateur n'était pas

clairement établi.

Dans un même registre, la Commission a également suggéré que les entreprises concernées pourraient utiliser leurs marchés d'origine comme une "base" pour être plus concurrentielles sur d'autres marchés. En d'autres termes, dans le but d'augmenter leurs parts de marché, elles pourraient utiliser les profits obtenus sur les marchés d'origine pour financer des guerres de prix sur d'autres marchés. Selon la Commission, de telles actions seraient plus probables après la fusion en raison de l'élimination de la "modération réciproque" exercée auparavant par les entreprises – c'est à dire la menace de la concurrence potentielle.

Même si l'argument de la concurrence potentielle était accepté, il est difficile de suivre cette logique. Premièrement, il n'est pas évident que des entreprises veuillent utiliser les profits obtenus sur un marché sur lequel elles ont une position de force pour financer des guerres de prix sur d'autres marchés. Une fois de plus, l'existence d'un flux de profits en provenance d'un marché d'origine est tout au plus susceptible d'influencer la capacité d'agir de la sorte mais pas l'incitation à le faire. De plus, à moins que la Commission ne suggère qu'il s'agisse d'un comportement d'éviction en matière de prix, l'objection à l'encontre d'un tel comportement est loin d'être claire.

Conclusion

L'identification d'effets concurrentiels "indirects" – effets qui ne découlent de chevauchements ni horizontaux ni verticaux entre les entreprises concernées – tend à devenir un phénomène de plus en plus courant dans le contrôle européen des concentrations. L'émergence d'effets anti-concurrentiels sans chevauchements directs, qu'ils soient horizontaux ou verticaux, est possible mais elle n'est probable que dans des circonstances très limitées et de manières très spécifiques.

Le simple fait que l'entité combinée soit plus grande que les entreprises qui la constituent n'est certainement pas suffisant pour créer des inquiétudes. De même, il n'est pas suffisant d'observer qu'il existe des opportunités accrues d'agir de manière anti-concurrentielle (si tel est le cas) sans examiner si un tel comportement serait rationnel. L'analyse de la Commission dans le cas AL/BOC était en général peu convaincante tant au niveau de la logique qu'au niveau des observations empiriques. Aussi, l'analyse comportait un nombre important de spéculations au sujet d'un comportement futur hypothétique sans qu'il n'y ait aucune tentative sérieuse d'évaluation de la probabilité d'un tel comportement. Il en résulte des inquiétudes quant à la charge de preuves que la Commission pense devoir apporter pour identifier des effets indirects.

Quels que soient les mérites des arguments de la Commission concernant les effets indirects dans un cas particulier, il est clair que les entreprises ne peuvent plus supposer qu'elles auront une tâche facile dans la procédure de contrôle des concentrations même quand il n'y a aucun chevauchement direct. Le principe que des inquiétudes légitimes peuvent exister en raison d'effets indirects est sans aucun doute clairement établi. Il faut seulement espérer que les évaluations successives de tels effets par la Commission se développeront sur base d'une analyse économique solide et qu'elles clarifieront les circonstances dans lesquelles de tels effets posent des problèmes au niveau de la concurrence.

octobre 2000

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

Pour plus d'informations, veuillez contacter: Matthias Pflanz, Vice President
www.crai.com

London 99 Bishopsgate, London, EC2M 3XD, tel +44 (0)20 7664 3700

Brussels Avenue Louise 480, Box 18, B-1050, tel +32 (0)2 627 1400