

## **Pratiques recommandées par l'ICN en matière d'analyse des opérations de concentration**

*Les présentes recommandations relatives à l'analyse des opérations de concentration sont tirées des lignes directrices relatives aux opérations de concentration de l'ICN ([ICN Merger Guidelines Workbook](#)) et des pratiques couramment adoptées à travers les juridictions membres. Elles visent à compléter les descriptions détaillées des lignes directrices en matière d'analyse des opérations de concentration du Workbook. Pour une description des techniques d'enquête efficaces pour recueillir des éléments de preuve attestant des faits spécifiques présentés dans les enquêtes menées sur les opérations de concentration, consultez le manuel des techniques d'enquête de l'ICN en matière de contrôle des opérations de concentration ([ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review](#) et le [Chapitre 4](#) révisé en 2013).*

*Les pratiques recommandées par l'ICN en matière de procédures de contrôle et de notification des opérations de concentration portent sur les aspects procéduraux de la notification et du contrôle. Plusieurs thèmes abordés au sein de ces pratiques recommandées se rapportent au cadre juridique de l'analyse des opérations de concentration. En particulier, les pratiques relatives à la transparence, aux pouvoirs des autorités, à la confidentialité et à la conduite d'une enquête liée à une opération de concentration présentent un intérêt vis-à-vis du cadre juridique d'analyse du contrôle des opérations de concentration.*

### **I. Le cadre juridique d'analyse concurrentielle des opérations de concentration**

#### **A. L'analyse des opérations de concentration relevant du droit de la concurrence a pour objet d'identifier et d'empêcher ou de corriger uniquement les opérations de concentration susceptibles de nuire de manière significative à la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n°1:* le cadre juridique du contrôle des opérations de concentration relevant du droit de la concurrence («droit du contrôle des opérations de concentration») doit être exclusivement axé sur l'identification et la prévention ou la correction des opérations de concentration anticoncurrentielles. Le droit du contrôle des opérations de concentration ne doit pas être invoqué à d'autres fins.

*Commentaire n°2:* la plupart des opérations de concentration ne portent pas atteinte à la concurrence. Nombreuses sont les opérations de concentration qui permettent à la nouvelle entité de réduire ses coûts et de devenir plus performante, ce qui entraîne une baisse des prix, une amélioration de la qualité des produits ou une augmentation des investissements en innovation. Certaines opérations de concentration peuvent, cependant, nuire à la concurrence en créant ou en renforçant une situation dans laquelle l'entité issue de l'opération de concentration peut avoir les moyens ou la tentation d'exercer un pouvoir de marché - unilatéralement ou en se coordonnant avec ses concurrents - donnant ainsi lieu, à des augmentations de prix supérieures aux niveaux compétitifs pour une période de temps significative, des baisses de qualité ou à un ralentissement de l'innovation.

*Commentaire n°3:* les droits et politiques de contrôle des opérations de concentration doivent permettre aux autorités de concurrence de différencier les opérations de concentration qui ne sont pas susceptibles d'avoir d'importants effets anticoncurrentiels de celles qui nécessitent une analyse plus approfondie. L'identification des opérations de concentration qui pourraient

constituer une menace pour la concurrence et l'autorisation sans délai des opérations de concentration non problématiques peuvent aboutir à une utilisation plus efficace des ressources de l'autorité et à une analyse plus efficace des questions juridiques et économiques importantes.

*Commentaire n°4:* la décision d'une autorité de concurrence de prendre des mesures à l'encontre d'une opération de concentration ne doit pas reposer sur l'anticipation d'effets anticoncurrentiels négligeables ou transitoires.

*Commentaire n°5:* les autorités ne doivent intervenir pour interdire ou corriger une opération de concentration que lorsque cela s'avère nécessaire pour empêcher les effets anticoncurrentiels pouvant découler de cette opération de concentration. L'intervention d'une autorité pour interdire ou corriger une opération de concentration doit viser à restaurer ou à maintenir la concurrence affectée par l'opération de concentration et non à accroître la concurrence antérieure à ladite opération.

**B. Le droit et la politique de contrôle des concentrations d'une juridiction doit fournir un dispositif complet permettant le traitement efficace des opérations de concentration susceptibles de nuire de manière significative à la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n°1:* Le droit et la politique de contrôle des concentrations d'une juridiction doit permettre à l'autorité de concurrence de mener son analyse concurrentielle et de prendre des mesures appropriées et efficaces.

*Commentaire n°2:* Le contrôle des opérations de concentration doit s'appliquer plus généralement aux opérations<sup>1</sup> pouvant soulever d'importants problèmes de concurrence, quelle que soit la structure de l'opération. Le fondement juridique de l'analyse d'une opération de concentration ne doit pas reposer sur la forme ou les points de procédure d'un accord de concentration.

*Commentaire n°3:* les exceptions ou exemptions sectorielles spécifiques aux dispositions généralement applicables en matière de contrôle des opérations de concentration doivent être conçues de façon restrictive, être clairement délimitées et régulièrement révisées.

*Commentaire n°4:* les normes applicables en matière d'opérations de concentration et les lignes directrices d'analyse doivent reposer sur des principes économiques fiables et solides. Le droit et la politique de contrôle des opérations de concentration doivent mettre en place un cadre d'analyse permettant le traitement des potentiels effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration tout en conservant suffisamment de souplesse pour s'adapter aux développements de la connaissance économique. Des normes juridiques et d'analyse claires, détaillées et transparentes, qui comprennent l'identification de l'ensemble des opérations de concentration soumises au droit et la norme de fond en application de laquelle sera évaluée la probabilité qu'une opération de concentration nuise de manière significative à la concurrence, améliorent la prévisibilité des mesures prises par les autorités.

*Commentaire n°5:* l'appréciation de la probabilité qu'une opération de concentration nuise de manière significative à la concurrence doit être effectuée dans le cadre juridique mis en place, ce qui inclut un standard de preuve adéquat et transparent.

---

<sup>1</sup> Une discussion détaillée sur les types d'opérations couverts par le droit du contrôle des opérations de concentration est disponible dans le rapport de 2007 de l'ICN portant sur la définition des opérations de concentration aux fins du contrôle des opérations de concentration ([«Defining 'Merger' Transactions for Purposes of Merger Review»](#)).

**C. L'analyse des opérations de concentration par une autorité doit être globale dans son évaluation des facteurs déterminant la probabilité qu'une opération de concentration nuise de manière significative à la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n°1:* l'analyse des opérations de concentration par une autorité ne doit pas consister en une application mécanique d'une norme juridique reposant sur des présomptions rigides, des critères structurels ou des chiffres de concentration conventionnels. Une autorité doit appliquer son analyse des opérations de concentration de façon raisonnable et flexible, au cas par cas, en prenant en considération un large éventail de contextes factuels possibles et les effets concurrentiels spécifiques pouvant survenir dans le cadre de différentes opérations.

*Commentaire n°2:* la norme juridique applicable en matière de contrôle des opérations de concentration ne doit permettre une intervention que lorsqu'il peut être établi, eu égard au standard de preuve requis, que tout effet anticoncurrentiel futur est imputable à l'opération de concentration elle-même et non à un autre facteur. Il est donc central pour l'analyse de comparer la concurrence sur le marché pertinent avec et sans l'opération de concentration. Dans la plupart des cas, le point de départ d'une telle analyse sera l'évaluation des conditions concurrentielles existantes avant l'opération de concentration, mais il est également nécessaire de tenir compte de toute variation de ces conditions susceptibles d'avoir lieu indépendamment de l'opération de concentration.

*Commentaire n°3:* l'analyse des opérations de concentration nécessite qu'une autorité prédise l'impact sur la concurrence d'une opération de concentration afin de prévenir les éventuels problèmes en matière de concurrence avant qu'ils ne se concrétisent. Les autorités doivent reconnaître que plus les effets prévus (à la fois nuisibles et bénéfiques) sont projetés dans un avenir lointain, plus il est difficile de prévoir avec assurance qu'ils se produiront.

*Commentaire n°4:* l'application objective des normes en droit de la concurrence dans l'analyse des opérations de concentration favorise la cohérence et la prévisibilité. La pratique de l'analyse des opérations de concentration d'une autorité implique également un engagement de transparence (sous réserve des protections adéquates en matière de confidentialité) afin d'assurer la cohérence et la prévisibilité et de permettre aux parties à la concentration et au public de mieux comprendre l'application du droit des concentrations. Une autorité doit clairement articuler les facteurs d'analyse qu'elle utilise pour analyser les opérations de concentration.

## II. Définition du marché

- A. **En règle générale, les autorités doivent évaluer les effets d'une opération de concentration sur la concurrence au sein de marchés significatifs sur le plan économique. Un marché pertinent est composé d'un produit ou d'un groupe de produits ainsi que d'une zone géographique au sein de laquelle celui-ci est fabriqué ou vendu qui pourrait faire l'objet de l'exercice d'un pouvoir de marché.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n°1:* la définition du marché dans l'analyse d'une opération de concentration vise à identifier un cadre de référence adéquat pour apprécier la possibilité qu'une opération de concentration crée ou renforce un pouvoir de marché. La définition du marché n'est pas une fin en soi mais plutôt un exercice destiné à contribuer à l'analyse des effets d'une opération de concentration sur la concurrence en identifiant quels biens ou services (ci-après dénommés collectivement les «produits») dans quelles zones géographiques restreignent de manière significative le comportement concurrentiel des parties à la concentration. Le cas échéant, une preuve rigoureuse et empirique des effets sur la concurrence peut non seulement contribuer directement à l'analyse des effets concurrentiels mais aussi servir à identifier le marché pertinent.

*Commentaire n°2:* le terme «marché» dans l'analyse d'une opération de concentration a une signification distincte et précise qui peut différer de l'utilisation du terme «marchés» dans d'autres contextes. Un marché significatif sur le plan économique pourrait faire l'objet de l'exercice d'un pouvoir de marché susceptible de nuire de manière significative à la concurrence plutôt que d'effets anticoncurrentiels négligeables transitoires. Même si les références aux «marchés» dans les documents commerciaux et d'autres contextes peuvent fournir des points de repère très utiles dans le cadre de la définition du marché, les entreprises et clients utilisent souvent le terme «marché» dans un sens différent de celui employé dans l'analyse des opérations de concentration. Par conséquent, les autorités doivent veiller à faire une distinction entre le terme technique «marché» employé en analyse des opérations de concentration et l'utilisation du terme «marché» dans d'autres contextes.

*Commentaire n°3:* les opérations de concentration peuvent avoir des effets potentiels sur plusieurs marchés de produits ou géographiques pertinents<sup>2</sup> et peuvent nécessiter une évaluation de la concurrence indépendante pour chaque marché pouvant soulever un problème de concurrence. Les autorités doivent examiner les marchés pertinents pouvant être affectés par une opération de concentration afin de déterminer si une atteinte significative à la concurrence relevant de leur juridiction est susceptible de survenir dans l'un de ces marchés.

*Commentaire n°4:* les autorités doivent évaluer la définition du marché dans le contexte des faits et circonstances spécifiques à l'opération de concentration. Les conditions concurrentielles évoluent au fil du temps et peuvent varier dans différentes zones géographiques. Même si les marchés pertinents identifiés dans des enquêtes antérieures pour le même secteur industriel, ou dans des enquêtes menées par des autorités d'autres juridictions, peuvent se révéler instructifs, ils peuvent ne pas s'appliquer à l'évaluation de l'opération de concentration lorsque par exemple les conditions de marché diffèrent (ou ont évolué) au fil du temps ou en fonction des zones géographiques.

---

<sup>2</sup> Certaines autorités se réfèrent à un «marché de produits» pertinent ou à un «marché géographique» pertinent tandis que d'autres considèrent qu'un marché pertinent consiste en une «dimension» du produit et géographique. La même analyse s'applique dans les deux cas.

*Commentaire n°5*: la définition du marché présente les grandes lignes du calcul des parts de marché ainsi que des niveaux de concentration, et offre plus généralement un cadre pour l'analyse des effets concurrentiels<sup>3</sup>. Dans le cadre de l'analyse des opérations de concentration, les parts de marché et les niveaux de concentration ne sont significatifs que lorsqu'ils reposent sur des marchés dûment définis. Par conséquent, les autorités doivent être particulièrement attentives à la définition des marchés lorsque le choix entre les possibles définitions du marché peut avoir un impact significatif sur les parts de marché. Dans de tels cas, les autorités peuvent chercher à établir des éléments de preuve plus directs concernant les effets concurrentiels probables. Dans d'autres cas, il peut être manifeste qu'une opération de concentration ne va ni créer ni renforcer un pouvoir de marché, de quelque façon plausible dont on définisse le marché, ou qu'aucune atteinte à la concurrence ne pourrait être prédite, de quelque façon plausible dont on définisse le marché. Dans de telles circonstances, les autorités peuvent ne pas avoir besoin de parvenir à une conclusion définitive quant à la portée du marché pertinent.

**B. Le test du «monopoleur hypothétique» ou «SSNIP» est utile pour déterminer le ou les marchés pertinents au sein desquels analyser les effets d'une opération de concentration sur la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1* : l'exercice d'un pouvoir de marché n'est possible que lorsque les clients ne réduisent pas suffisamment leur demande du produit ou des produits concernés ou ne se tournent pas suffisamment vers d'autres produits ou d'autres zones de façon à ce qu'une augmentation des prix (ou toute autre restriction de concurrence) ne soit plus rentable. La définition du marché dépend en premier lieu de la substitution du côté de la demande, qui se concentre sur le degré de probabilité que les clients passent d'un produit à un autre, ou d'un fournisseur d'une zone géographique à un fournisseur d'une autre zone, en réaction à des changements de prix, de qualité, de disponibilité ou d'autres caractéristiques. En outre, les considérations relatives à l'offre permettent également de comprendre les contraintes concurrentielles qui pèsent sur les parties à la concentration. L'identification du marché de produits pertinent et celle du marché géographique pertinent sont corrélées. Par exemple, la mesure dans laquelle les acheteurs se tourneraient vers d'autres produits doit être évaluée dans le contexte du marché géographique pertinent.

*Commentaire n° 2* : le test du monopoleur hypothétique ou SSNIP identifie généralement une zone relative au produit et à un espace géographique au sein desquels un monopoleur hypothétique exercerait un pouvoir de marché de manière profitable. Dans le cadre de ce test, les autorités identifient généralement le marché pertinent sous la forme d'un produit ou groupe de produits et d'une zone géographique au sein de laquelle celui-ci est fabriqué ou vendu pour lequel une entité hypothétique, cherchant à maximiser ses bénéfices et non soumise à une réglementation des prix, qui était le seul fabricant ou vendeur actuel ou futur du ou des produits au sein de cette zone, imposerait au moins une « augmentation faible mais significative et non provisoire des prix » (couramment dénommée « SSNIP »), en partant du principe que les conditions de vente pour tous les autres produits demeurent inchangées.<sup>4</sup> En pratique, il n'existe

---

<sup>3</sup> La pratique recommandée III en matière d'analyse des opérations de concentration traite de l'utilisation des parts de marché. Les pratiques recommandées IV, V et VI en matière d'analyse des opérations de concentration traitent de l'analyse des effets concurrentiels.

<sup>4</sup> Les autorités peuvent définir le test avec différents termes, pour établir si un monopoleur hypothétique cherchant à maximiser ses bénéfices « imposerait », « serait susceptible d'imposer » ou « pourrait imposer » un SSNIP à son avantage. L'analyse est très semblable quelle que soit la formulation, et chacune de ces formulations donne généralement les mêmes résultats dans le cadre de l'évaluation au fond.

souvent pas suffisamment de données disponibles pour appliquer le test SSNIP de façon quantitative. Néanmoins, le cadre conceptuel du test offre dans la plupart des cas un outil de méthodologie pour le recueil et l'analyse des éléments de preuve disponibles concernant la définition du marché.

*Commentaire n° 3* : dans la plupart des cas, les autorités utilisent le prix prévalant sur le marché des produits des parties à la concentration ainsi que les substituts possibles comme point de départ à l'application du test SSNIP. Toutefois, les autorités peuvent utiliser les prix futurs probables, en l'absence de l'opération de concentration, lorsqu'il est possible de prédire, de façon suffisamment fiable, des changements des prix prévalant sur le marché. De plus, lorsque les circonstances préalables à l'opération de concentration laissent fortement supposer l'existence d'une interaction coordonnée ou que d'autres éléments de preuve indiquent fortement que les prix actuels sont supérieurs aux niveaux de la concurrence, les autorités peuvent envisager d'utiliser un prix qui reflète davantage le prix de la concurrence. Ce qui constitue une « augmentation faible mais significative et non provisoire du prix » dépendra de la nature du secteur, mais on utilise souvent comme point de repère une augmentation durable de prix entre 5 et 10 pour cent dans un avenir proche (par exemple un an). Dans certains cas, le test SSNIP est appliqué à la valeur ajoutée des fournisseurs du marché plutôt qu'au prix final.

*Commentaire n° 4* : les autorités appliquent généralement le « principe du plus petit marché » en vue d'identifier un marché de produits et géographique pertinent qui ne soit pas plus grand que nécessaire pour remplir les conditions du test SSNIP. Cependant, il peut parfois être approprié de définir des marchés plus vastes. Dans certains cas, l'application du principe du plus petit marché peut omettre de détecter un chevauchement horizontal des problèmes entre les parties à la concentration. Dans d'autres cas, lorsque l'analyse des effets concurrentiels est la même pour un marché plus vaste, la définition du plus petit marché peut ne plus s'avérer nécessaire. De la même manière, il peut s'avérer plus pratique de rassembler les marchés pour lesquels l'analyse des effets concurrentiels est la même parmi un groupe de produits ou de zones géographiques, dont chacun peut isolément être défini comme un marché pertinent.

*Commentaire n° 5* : les éléments de preuve concernant la réaction probable des clients, en termes de demande, à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix peuvent être tirés de différentes sources, comme les clients, les parties à la concentration, les concurrents, les associations industrielles ou professionnelles et les revendeurs intermédiaires. Dans certains cas, il peut exister des données pertinentes fiables en matière de prix, de coût et de quantité permettant une analyse empirique, notamment l'estimation des élasticités applicables de la demande ou des estimations des ventes perdues en réaction à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix. En outre, présentent également un intérêt dans le cadre de la définition du marché les éléments de preuve directement liés aux effets concurrentiels réels ou probables d'une opération de concentration, tels que les éléments de preuve tirés d'événements survenus antérieurement sur le marché, comme l'entrée ou la sortie ou une opération de concentration antérieure (parfois dénommés « expériences naturelles »). De tels éléments de preuve peuvent identifier les marchés pertinents potentiels et renforcer ou fragiliser d'autres éléments de preuve portant sur la définition du marché.

- C. Dans le cadre de l'application du test SSNIP pour l'identification d'un marché de produits pertinent, les autorités doivent, de manière générale, repérer un produit ou un groupe de produits pour lequel un monopoleur hypothétique cherchant à maximiser ses bénéfices imposerait au moins une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix de manière profitable, en supposant que les conditions de vente de tous les autres produits demeurent inchangées.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1 :* pour déterminer le ou les marchés de produits dans lesquels estimer les effets d'une opération de concentration sur la concurrence, les autorités doivent évaluer dans quelle mesure les produits sont remplaçables du point de vue des clients. Les autorités doivent non seulement considérer si les produits sont des substituts fonctionnels, mais également s'ils constituent de bons substituts économiques aux yeux d'un nombre suffisant de clients pour qu'une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix ne s'avère pas rentable. L'élasticité prix propre ou prix croisés de la demande et les ratios de diversion, lorsqu'ils peuvent être calculés avec fiabilité, sont très utiles pour évaluer si des produits sont des substituts proches et appartiennent au même marché pertinent. En pratique, les données nécessaires pour calculer de manière fiable les élasticités de la demande ne sont souvent pas disponibles.

*Commentaire n° 2 :* une seule entreprise peut participer à plusieurs marchés de produits. D'une manière générale, les autorités doivent entamer le processus de définition du marché de produits en appliquant le test SSNIP à un marché cible de chaque produit fabriqué ou vendu par chacune des parties à la concentration, en estimant les conséquences d'une augmentation même faible mais significative et non provisoire des prix imposée par un monopoleur hypothétique sur ce produit, alors que les conditions de vente de tous les autres produits demeurent inchangées. Si le monopoleur hypothétique n'impose pas de manière profitable une telle augmentation des prix en raison de ce que les clients substituent d'autres produits, le marché cible n'est pas un marché de produits pertinent en soi. Les autorités doivent alors ajouter au groupe de produits le produit qui est le substitut le plus proche du produit de la partie à la concentration et appliquer le test SSNIP à un marché cible du groupe de produits étendu. Ce processus se poursuit jusqu'à l'identification d'un groupe de produits avec lequel un monopoleur hypothétique fournissant le ou les produits deviendrait capable d'exercer un pouvoir de marché et d'imposer de manière profitable une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix sur le marché cible. Le marché de produits pertinent sera en général le plus petit groupe de produits qui satisfera aux conditions du test. En pratique, il manque souvent des données pour mettre en œuvre ce processus séquentiel de la manière décrite. Le cadre conceptuel du test offre néanmoins dans la plupart des cas un outil méthodologique utile pour le recueil et l'analyse des éléments de preuve disponibles relatifs à la définition du marché.

*Commentaire n° 3* : les limites des marchés de produits pertinents peuvent ne pas être précises, en particulier en ce qui concerne les produits différenciés lorsque des substituts peuvent exister en continuum. Dans de tels cas, certains produits peuvent appartenir au même marché mais se substituer bien mieux les uns aux autres qu'à d'autres produits qui appartiennent également au marché. Le degré de différenciation des produits et de substituabilité de la clientèle peut varier au fil du temps et selon les zones géographiques. Les autorités doivent reconnaître que la simple dichotomie découlant de la classification des produits comme « au sein du marché », et se substituant ainsi parfaitement à d'autres produits au sein du marché de produits, ou « hors du marché », exerçant ainsi peu ou pas de contrainte concurrentielle sur les produits du marché, ne capture pas non plus suffisamment l'interaction concurrentielle des substituts particulièrement proches ou des substituts relativement distants. Dans certains cas, il peut être opportun d'arrêter les contours de marché autour d'un sous-ensemble de substituts possibles qui s'avère plus restreint que l'ensemble complet de substituts fonctionnels pouvant être choisis par les clients, dans la mesure où un monopoleur hypothétique positionné sur un tel segment de substituts possibles augmenterait sensiblement les prix de manière profitable.

*Commentaire n° 4* : en considérant la réaction probable des clients à une augmentation des prix, les autorités doivent tenir compte des éléments de preuve disponibles concernant la probabilité que les clients réagissent par une substitution du produit à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix. Parmi les éléments de preuve pertinents figurent notamment :

- les caractéristiques, prix, fonctions et l'utilisation par les clients du ou des produits en question ;
- les éléments de preuve selon lesquels les clients ont décidé d'acheter des produits différents, ou a envisagé d'acheter des produits différents, en réponse à des changements de prix ou d'autres variables concurrentielles. Dans certains cas, les autorités peuvent être en mesure de tirer de tels éléments de preuve d'une analyse empirique de données quantitatives, notamment par le calcul des élasticités-prix propre et des élasticités-prix croisés de la demande ;
- les marges entre le prix et le coût marginal ou incrémental, car des marges plus importantes telles qu'une fraction du prix peuvent sous-entendre que les consommateurs sont moins sensibles au prix ;
- les éléments de preuve de ce que les vendeurs fondent leurs décisions commerciales sur la perspective que l'acheteur réagisse par une substitution entre les produits en réponse aux changements de prix ou à d'autres variables concurrentielles;
- les éléments de preuve concernant la force et la nature des préférences des clients parmi les produits (par exemple la fidélité à une marque, la préférence pour certaines performances du produit ou normes de compatibilité, etc.) ;
- les niveaux de prix et les mouvements de prix relatifs des produits par rapport aux coûts et aux substituts potentiels ;
- les obligations juridiques et réglementaires (par exemple les normes de certification des produits, les normes de conformité réglementaire, etc.) qui peuvent agir sur la substituabilité des produits du point de vue des clients et
- le temps et les coûts nécessaires pour changer de produit, car des coûts de changement élevés par rapport à la valeur d'un produit tendent à diminuer la probabilité d'une substitution.



- D. Dans le cadre de l'application du test SSNIP pour l'identification d'un marché géographique pertinent, les autorités doivent, de manière générale, repérer une zone au sein de laquelle un monopoleur hypothétique cherchant à maximiser ses bénéfices imposerait au moins une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix de manière profitable, en supposant que les conditions de vente de tous les produits dans tous les autres lieux demeurent inchangées.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1 :* afin de déterminer, pour chaque marché de produits, le marché géographique adéquat en l'absence de différenciation par les prix, les autorités doivent tenir compte de la mesure dans laquelle, au sein d'une zone géographique, les clients se tourneraient vers des produits fabriqués ou vendus hors de ladite zone en réaction à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix par un monopoleur hypothétique. Les autorités doivent non seulement déterminer si les clients pourraient se tourner vers des fournisseurs d'autres zones géographiques, mais aussi si suffisamment de clients effectueraient un tel changement pour que l'augmentation faible mais significative et non provisoire des prix s'avère non rentable.

*Commentaire n° 2 :* une seule entreprise peut exercer des activités sur plusieurs marchés géographiques. D'une manière générale, les autorités doivent entamer le processus de définition du marché géographique en appliquant le test SSNIP à un marché cible issu de chaque zone où chacune des parties à la concentration fabrique ou vend le produit concerné, en estimant les conséquences d'une augmentation même faible mais significative et non provisoire de prix qu'imposerait un monopoleur hypothétique sur les ventes du produit dans cette zone, alors que les conditions de vente dans tous les autres lieux demeurent inchangées. Si le monopoleur hypothétique ne peut imposer de manière profitable une telle augmentation de prix en raison de ce que les clients procèdent à une substitution de produits provenant d'autres origines géographiques, le marché cible n'est pas en soi un marché géographique pertinent. Les autorités doivent alors ajouter l'emplacement qui est le substitut le plus proche de la zone de la partie à la concentration et doivent appliquer le test SSNIP à un marché cible de la zone étendue. Ce processus se poursuivra jusqu'à l'identification d'une zone au sein de laquelle un monopoleur hypothétique obtiendrait un pouvoir de marché et imposerait au moins une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix sur le marché cible de manière profitable. Le marché géographique pertinent sera en général la plus petite zone qui satisfera aux conditions du test.

*Commentaire n° 3 :* un marché géographique pertinent peut être local, régional, national, multinational ou mondial par nature et peut ne pas coïncider avec les frontières politiques ou juridictionnelles. Pour déterminer le caractère multinational ou mondial d'un marché, les autorités doivent évaluer dans quelle mesure les importations, ou les possibilités d'importation, restreindraient la capacité d'un monopoleur hypothétique national à imposer une augmentation faible mais significative et non négligeable des prix, en constituant une menace concurrentielle qui rendrait une telle augmentation des prix non rentable. Dans le cadre de cette évaluation, les autorités doivent considérer les éléments de preuve démontrant la mesure dans laquelle les clients considèrent actuellement les produits importés comme des substituts acceptables, le potentiel et la probabilité de substitution à des importations en réponse à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix imposée par un monopoleur hypothétique national et si les importations se produiraient à une échelle suffisante et suffisamment rapidement pour restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché de la part d'un monopoleur hypothétique national.

*Commentaire n° 4 :* en envisageant la réaction probable des clients à une augmentation des prix, les autorités doivent tenir compte des éléments de preuve disponibles démontrant la probabilité que les clients se tournent vers des fournisseurs situés hors de la zone géographique en réponse à

une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix. Les éléments de preuve pertinents comprennent souvent, sans s'y limiter :

- le coût et la difficulté de transporter le produit par rapport à la valeur du produit (plus la valeur d'un produit est élevée par rapport à ses coûts de transport, plus les clients sont susceptibles de rechercher des fournisseurs établis dans des zones plus éloignées et plus les fournisseurs établis dans d'autres zones sont susceptibles de vouloir desservir les clients de cette zone) ;
- les caractéristiques du produit (par exemple le caractère périssable ou la fragilité du produit, la nature et les exigences des services offerts, etc.), les composants géographiques ou d'autres circonstances agissant sur la capacité des clients à obtenir des produits auprès de vendeurs établis en dehors de la zone géographique ;
- les éléments de preuve démontrant que les clients ont décidé ou envisagé d'acheter dans différentes zones géographiques, en réponse à des changements de prix ou d'autres variables concurrentielles. Dans certains cas, les autorités peuvent tirer ces éléments de preuve d'une analyse empirique des données quantitatives ;
- les éléments de preuve démontrant que les vendeurs fondent leurs décisions commerciales sur la perspective que l'acheteur opère une substitution entre les zones géographiques en réponse aux changements de prix ou à d'autres variables concurrentielles;
- les niveaux de prix et mouvements de prix relatifs des produits dans différentes zones géographiques ;
- la disposition des clients d'obtenir le produit ou le service concerné auprès de fournisseurs d'autres zones géographiques, y compris les préférences des clients relatives à l'obtention du produit auprès d'un fournisseur présent au niveau local ou en mesure de communiquer dans la langue locale ;
- les contraintes pesant sur la capacité des vendeurs externes à étendre leurs ventes à la zone géographique (par exemple la capacité de production, la capacité engagée, la nécessité de mettre en place une reconnaissance et une acceptation de la marque ; les capacités de distribution et de service après-vente, etc.) ;
- les obligations juridiques et réglementaires (par exemple les droits d'importation, les tarifs douaniers, les quotas, les licences, les autorisations ou approbations réglementaires requises, etc.) qui peuvent accroître les coûts des fournisseurs établis hors de la zone géographique ou agir sur la capacité des clients à obtenir le produit ou le service auprès de fournisseurs établis hors de la zone géographique ; et
- les délais et les coûts de changement de fournisseur d'une région à une autre en raison de ce que des coûts de changement élevés par rapport à la valeur du produit diminueront la probabilité d'une substitution.

**E. Lorsqu'un monopoleur hypothétique a des pratiques discriminatoires en ce qui concerne les prix demandés à des groupes de clients particuliers ou au sein de zones géographiques spécifiques, les autorités doivent déterminer s'il est approprié de retenir un marché pertinent plus réduit, composé d'un produit ou groupe de produits vendu à certains groupes de clients ou dans des zones géographiques spécifiques.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1 : la capacité et la disposition des clients existants à se tourner vers d'autres produits ou vers des fournisseurs d'autres zones en réponse à une augmentation faible mais*

significative et non provisoire des prix peuvent varier. Si un monopoleur hypothétique applique des prix différents pour des groupes de clients différents ou des clients établis dans des zones différentes, les autorités doivent évaluer les réactions probables, en termes de demande, de chacun de ces groupes d'acheteurs. Si un monopoleur hypothétique exerce un pouvoir de marché uniquement, ou spécialement, dans le cadre de ventes à un groupe ciblé de clients ou à des clients établis dans des zones spécifiques, les autorités peuvent définir un marché de produits pertinent qui consiste en un usage ou des usages particuliers du produit par des groupes de clients, ou un marché géographique pertinent composé de zones de clients spécifiques, marché sur lequel un monopoleur hypothétique imposerait au moins de manière profitable et isolée une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix.

*Commentaire n° 2* : les facteurs pertinents suivants permettent, entre autres, de déterminer si un monopoleur hypothétique pratiquerait une discrimination par les prix en vue d'imposer de manière profitable une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix sur des groupes de clients particuliers ou des clients de zones spécifiques :

- s'il est faisable de pratiquer une discrimination par les prix sur le marché en question ;
- si un monopoleur hypothétique est capable d'identifier avec succès les opérations faisant l'objet d'une discrimination par les prix réussie ;
- si des clients ou des tiers peuvent compromettre la discrimination par les prix par le biais d'une certaine forme d'arbitrage qui verrait un produit vendu moins cher à certains groupes de clients revendu à des groupes de clients auxquels les entreprises souhaitaient faire payer des prix plus élevés et
- si une discrimination par les prix permettrait ou favoriserait l'exercice d'un pouvoir de marché réussi à l'encontre de groupes d'acheteurs particuliers ou de clients établis dans des zones spécifiques.

**F. Les autorités doivent déterminer la possibilité d'une substitution du côté de l'offre et s'il faut inclure à titre de participants sur le marché pertinent non seulement l'ensemble des entreprises qui fabriquent ou vendent actuellement sur ce marché pertinent, mais aussi les entreprises susceptibles de fabriquer ou de vendre sur le marché pertinent en réponse à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix sur le marché pertinent, dans un court délai et sans engager d'importants coûts irrécupérables.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1* : la substituabilité du côté de l'offre correspond à la mesure dans laquelle, en réponse à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix, les fournisseurs qui ne fabriquent ou ne vendent pas actuellement le produit concerné seraient susceptibles de convertir profitablement leurs installations de production existantes, en tout ou en partie, pour fabriquer ou vendre le produit concerné sur le marché géographique pertinent dans des délais courts (par exemple dans l'année) et sans engager d'importants coûts irrécupérables à l'entrée ou à la sortie. Les entreprises, qui remplissent ces conditions sont en mesure de répondre si rapidement à l'offre qu'elles ont probablement eu une influence sur le marché avant la concentration, qu'elles l'influenceraient après la concentration et, par conséquent, doivent être dûment considérées comme des acteurs du marché dans chacune de ces situations. Certaines autorités considèrent que la substitution du côté de l'offre relève de la définition du marché alors que d'autres la considèrent comme l'identification des acteurs du marché. Les mêmes résultats

d'analyse doivent s'appliquer quelle que soit la méthode employée.

*Commentaire n° 2* : le fait qu'une entreprise dispose d'actifs existants pouvant être rapidement convertis ou étendus pour la fabrication ou la vente du produit concerné sur le marché géographique pertinent ne signifie pas nécessairement que (a) l'entreprise aurait intérêt à fabriquer ou vendre le produit concerné, (b) l'entreprise convertirait ou étendrait l'intégralité de sa fabrication ou de ses ventes du produit concerné et (c) toutes les entreprises fabriquant l'autre produit en feraient autant. La question pertinente pour l'analyse n'est pas de savoir si une entreprise a la capacité de fabriquer ou de vendre le produit concerné mais si elle serait susceptible de réaliser ces ventes de manière profitable, en réponse à une augmentation faible mais significative et non provisoire des prix.

*Commentaire n° 3* : les facteurs pertinents suivants permettent, notamment, de déterminer la probabilité d'une substitution du côté de l'offre :

- la mesure dans laquelle l'acquisition de nouveaux actifs matériels ou immatériels ou la conversion ou l'extension des actifs existants, pour commencer la fabrication ou la vente sur le marché pertinent est techniquement faisable ;
- la mesure dans laquelle les clients accepteraient de se tourner vers des produits proposés par l'entreprise sur le marché pertinent ;
- le délai nécessaire pour commencer la fabrication ou la vente, y compris le temps requis pour se conformer à l'ensemble des obligations juridiques et réglementaires applicables ;
- les coûts de la conversion ou du lancement de la fabrication ou de la vente par rapport à la rentabilité des ventes au prix majoré et
- si la capacité de l'entreprise est sollicitée ou utilisée ailleurs de manière si profitable qu'il serait peu probable que ladite capacité soit mise à disposition pour répondre à une augmentation des prix sur le marché pertinent.

*Commentaire n° 4* : dans leur analyse des barrières à l'entrée les autorités s doivent évaluer l'importance concurrentielle des réponses probables du côté de l'offre qui ne rempliront pas les conditions pour une substitution rapide du côté de l'offre<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> La pratique recommandée VII en matière d'analyse des opérations de concentration traite de l'analyse de l'entrée et de l'expansion.

### **III. Utilisation des parts de marché : seuils et présomptions**

- A. Les parts de marché et les mesures de concentration du marché jouent un rôle important dans l'analyse des opérations de concentration mais ne sont pas des facteurs déterminants d'éventuels problèmes de concurrence. Les autorités doivent étudier attentivement la définition du marché et le calcul des parts de marché et de concentration du marché.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n° 1 :* les parts de marché sont une indication de l'importance concurrentielle de chaque partie à la concentration sur le marché pertinent. Elles sont révélatrices de l'intérêt d'une entreprise à coordonner ses actions avec des concurrents et de sa capacité à exercer un pouvoir de marché de manière unilatérale. L'importance des parts de marché et des mesures de concentration du marché est propre au contexte analytique présenté dans chaque enquête. Elles ne sont pas des facteurs déterminants d'éventuels problèmes de concurrence en soi car elles peuvent par exemple sous-estimer ou surestimer l'importance concurrentielle d'une entreprise ou l'impact d'une opération de concentration dans l'avenir.

*Commentaire n° 2 :* d'une manière générale, les autorités doivent être davantage attentives à une opération de concentration qui accroît la concentration du marché de manière significative qu'à une opération de concentration qui ne l'accroît pas ou seulement très légèrement. Quel que soit le degré de concentration existant, le changement de concentration provoqué par une opération de concentration est un indicateur utile, quoiqu'imparfait, de l'élimination de la concurrence directe entre les parties et du potentiel d'atteinte à la concurrence.

*Commentaire n° 3 :* les parts de marché et les mesures de concentration ne sont utiles, dans le cadre de l'analyse des opérations de concentration, que lorsqu'elles reposent sur des marchés de produits et géographiques dûment définis. Il est essentiel de porter une attention particulière aux marchés qui présentent des produits différenciés, car la définition du marché est plus complexe dans de tels cas. Les calculs de parts de marché doivent se fonder sur des données et des sources fiables ainsi que sur des hypothèses solides.

*Commentaire n° 4 :* les parts de marché doivent reposer sur une mesure de la puissance économique (ventes, production, capacité, etc.) adaptée aux circonstances du marché. Les estimations des parts de marchés et de la concentration utilisées dans le cadre d'une analyse des opérations de concentration doivent fournir la meilleure indication disponible de l'importance concurrentielle qu'auront les entreprises à l'avenir. Les caractéristiques du marché et les évolutions des conditions de marché doivent être prises en considération lors de l'interprétation des données relatives aux parts de marché et à la concentration du marché. Avant de tirer des conclusions sur des données relatives aux parts de marché et à la concentration, les autorités doivent tenir compte des évolutions imminentes ou raisonnablement certaines sur le marché, notamment de l'entrée ou de la sortie d'une entreprise ou de l'introduction de nouvelles capacités. Pour une meilleure compréhension des dynamiques concurrentielles de certains marchés, il peut également être pertinent d'analyser les évolutions des parts de marché et de la concentration au fil du temps.

**B. Les parts de marché et les mesures de concentration du marché peuvent donner des premières indications utiles pour identifier les opérations de concentration susceptibles de soulever des problèmes de concurrence nécessitant une analyse approfondie.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n° 1* : les premières indications reposant sur les parts de marché ou les mesures de la concentration ont pour objectif de différencier les opérations de concentration peu susceptibles d'avoir des conséquences anticoncurrentielles de celles qui nécessitent une analyse plus approfondie. Ces indications peuvent améliorer la prévisibilité et permettre une meilleure allocation des ressources de l'autorité.

*Commentaire n° 2* : l'absence de parts de marché élevées ou d'une forte concentration à l'issue de l'opération de concentration permet habituellement de conclure qu'une opération donnée ne nécessite aucune analyse approfondie. De même, une opération qui n'accroît pas les parts de marché ou la concentration de manière significative après l'opération de concentration ne nécessite pas d'analyse approfondie car les conditions concurrentielles préalables à l'opération de concentration ont peu de chance d'être sensiblement modifiées par celle-ci. Toutefois, il existe certaines exceptions. Par exemple, lorsqu'au moins une partie à la concentration exerce un pouvoir de marché important des augmentations, même modérées, des parts de marché peuvent être révélatrices d'éventuels problèmes de concurrence. Les éléments de preuve démontrant qu'une partie à la concentration aurait une part de marché importante ou que le marché est extrêmement concentré peuvent jouer un rôle significatif dans la décision d'ouvrir une enquête approfondie.

*Commentaire n° 3* : nombreuses sont les autorités qui identifient des seuils correspondant aux parts de marché et niveaux de concentration afin de donner des premières indications sur l'éventuelle nécessité d'une enquête approfondie. Une autorité peut définir des seuils de parts de marché et de mesures de la concentration en dessous desquels elle s'engage à ne pas, ou d'une manière générale est peu susceptible, de contester une opération de concentration ou au-dessus desquels elle est susceptible de poursuivre une analyse approfondie des effets de l'opération de concentration sur la concurrence.

**C. Une forte concentration du marché et d'importantes augmentations des parts de marché provoquées par une opération de concentration sont des indicateurs utiles mais généralement non déterminants pour conclure qu'une opération de concentration est susceptible de nuire de manière significative à la concurrence. Les juridictions qui utilisent la concentration du marché et/ou les parts de marché pour présumer d'une atteinte à la concurrence doivent veiller à ce qu'une telle présomption puisse être invalidée ou confirmée par un examen détaillé des conditions du marché.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n° 1* : les opérations de concentration qui aboutissent à des parts de marché élevées pour les parties à la concentration et qui entraînent une augmentation significative des niveaux de concentration sont généralement les opérations les plus susceptibles de soulever des problèmes de concurrence.

*Commentaire n° 2* : dans certaines juridictions, des parts de marché élevées ou une forte concentration du marché engendrent une présomption d'atteinte à la concurrence alors que ce n'est pas le cas dans d'autres. Lorsque les autorités présument une atteinte à la concurrence en s'appuyant sur les parts de marché ou la concentration du marché, le processus d'enquête doit tenir compte des éléments de preuve qui peuvent invalider ou confirmer cette présomption. Les autorités doivent faire preuve de transparence au sujet de la signification et de l'utilisation de toute présomption, ce qui inclut toute norme quantitative employée pour évaluer les parts de marché ou la concentration.

*Commentaire n° 3* : les autorités ne doivent pas prendre de mesures visant à empêcher ou corriger une opération de concentration en se fondant uniquement sur les parts de marché et la concentration. Ces autorités ne doivent donc pas parvenir d'office à la conclusion qu'une opération de concentration est susceptible d'être anticoncurrentielle en raison du fait que ladite opération augmente la concentration du marché au-dessus d'un certain seuil ou réduit le nombre d'entreprises restantes au-dessous d'un certain seuil. Une analyse approfondie d'autres facteurs de marché et des théories sur les effets unilatéraux et/ou coordonnés doit toujours être exigée avant de tirer des conclusions concernant les effets probables d'une opération de concentration sur la concurrence.

#### **IV. Analyse des effets concurrentiels dans le contrôle des concentrations horizontales: aperçu**

- A. L'analyse des effets concurrentiels dans le contrôle des concentrations horizontales vise à estimer si une opération de concentration est susceptible de nuire de manière significative à la concurrence en créant ou en renforçant la capacité ou l'intérêt qu'aurait une partie à la concentration à exercer un pouvoir de marché, de manière unilatérale ou coordonnée avec des concurrents.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1 :* les autorités doivent mener une analyse des effets concurrentiels dans le cadre du contrôle des opérations de concentration en vue d'identifier les opérations susceptibles de nuire de manière significative à la concurrence en créant ou renforçant un pouvoir de marché. Lorsqu'il est exercé par des vendeurs, le pouvoir de marché désigne la capacité à augmenter les prix au-dessus des niveaux concurrentiels, pendant une période de temps significative et/ou à affaiblir la concurrence sur des critères non liés au prix, notamment la qualité, le service ou l'innovation. Dans certains cas, les acheteurs peuvent exercer un pouvoir de marché. Le pouvoir de marché désigne alors la capacité à réduire à son avantage le prix payé aux fournisseurs en dessous des niveaux concurrentiels pendant une période de temps significative, ce qui peut parfois entraîner une réduction anticoncurrentielle de la production des fournisseurs.

*Commentaire n° 2 :* d'une manière générale, les autorités doivent mener une analyse des effets concurrentiels dans le contexte de marchés de produits et géographiques dûment définis. La définition du marché n'est cependant pas une fin en soi mais sert plutôt à déterminer si une opération de concentration créera ou renforcera un pouvoir de marché. Dans certains cas, les éléments de preuve des effets concurrentiels, notamment les effets sur les prix suite à la réalisation d'une opération de concentration faisant l'objet d'une enquête ou une opération de concentration antérieure dans le secteur, peuvent contribuer à l'analyse des marchés pertinents adéquats.

*Commentaire n° 3 :* les autorités qui se livrent à une analyse des effets concurrentiels doivent mener une enquête prospective axée sur une comparaison de la prévision de l'état de la concurrence sur le ou les marchés pertinents avec et sans l'opération de concentration. L'appréciation de la concurrence sans l'opération de concentration par une autorité (parfois appelée le « scénario contrefactuel ») doit non seulement reposer sur les conditions actuelles de concurrence mais également sur toute évolution importante de l'état de la concurrence susceptible de se produire sans l'opération de concentration.

*Commentaire n° 4 :* bien que les changements de parts de marché ou de concentration du marché soient de précieux indicateurs de problèmes potentiels de concurrence, l'analyse des effets concurrentiels implique une évaluation complète des conditions de marché et met à la disposition des autorités des méthodes plus fiables pour évaluer une éventuelle atteinte à la concurrence que les seuls changements de parts de marché ou de concentration du marché.



- B. Lorsqu'elles effectuent une analyse des effets concurrentiels, les autorités doivent déterminer si une opération de concentration est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels unilatéraux ou coordonnés. Ces deux théories d'atteinte à la concurrence constituent les cadres analytiques qui permettent d'identifier si une concentration horizontale peut nuire de manière significative à la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1* : on parle d'effets unilatéraux, aussi appelés effets non coordonnés, lorsqu'à la suite d'une opération de concentration, l'entité issue de la concentration est susceptible de pouvoir, sans aucune coordination avec des concurrents n'ayant pas participé à l'opération de concentration, exercer de manière profitable un pouvoir de marché dans une mesure bien plus importante que cela n'aurait été possible pour les parties à la concentration avant l'opération de concentration.

*Commentaire n° 2* : les effets coordonnés surviennent lorsqu'à la suite d'une opération de concentration, les entreprises qui restent présentes sur le marché après l'opération de concentration sont susceptibles de coordonner (de manière tacite ou explicite) leur comportement ou renforcer la coordination existante pour exercer un pouvoir de marché.

*Commentaire n° 3* : les effets unilatéraux et les effets coordonnés constituent des cadres analytiques larges destinés à englober l'éventail complet des effets anticoncurrentiels pouvant découler d'opérations de concentration horizontales. Bien que les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration sur un marché spécifique soient souvent qualifiés d'unilatéraux ou de coordonnés, une opération de concentration peut entraîner des effets à la fois unilatéraux et coordonnés.

- C. L'analyse des effets concurrentiels, unilatéraux ou coordonnés, doit clairement reposer sur des principes économiques solides et les faits de l'affaire concernée.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1* : les modèles et théories économiques sont utiles pour analyser les effets concurrentiels, unilatéraux et coordonnés, mais seulement dans la mesure où la théorie ou le modèle utilisé(e) pour évaluer les effets probables d'une opération de concentration sur la concurrence repose sur des principes économiques solides et fiables et correspond aux conditions factuelles du marché auquel elle ou il s'applique.

*Commentaire n° 2* : l'analyse des effets concurrentiels dépend fortement des faits spécifiques à chaque affaire. Dans le cadre de l'analyse des effets concurrentiels, les autorités doivent affiner leurs théories ou modèles de probabilité d'une atteinte à la concurrence en fonction des éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs à disposition. Les éléments de preuve qualitatifs proviennent souvent de documents ou d'observations directes du secteur par les clients ou d'autres acteurs du marché. Les éléments de preuve quantitatifs sont souvent tirés d'une analyse statistique des prix, de la quantité ou d'autres données relatives, entre autres, à des événements de marché antérieurs (parfois appelés « expériences naturelles ») impliquant des réactions à des événements antérieurs tels que l'entrée ou la sortie de concurrents. L'analyse des effets concurrentiels doit être suffisamment flexible pour s'adapter au fil du temps aux évolutions des marchés, des pratiques commerciales et des connaissances économiques.

## V. Effets unilatéraux

- A. **Dans le cadre de l'analyse de la probabilité qu'une opération de concentration horizontale entraîne des effets anticoncurrentiels unilatéraux, les autorités doivent déterminer si l'opération de concentration est susceptible de nuire de manière significative à la concurrence en créant ou en renforçant la capacité ou l'intérêt de la partie à la concentration à exercer un pouvoir de marché de façon indépendante.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1 :* les opérations de concentration horizontale éliminent toute contrainte concurrentielle que les parties à la concentration exerçaient auparavant l'une sur l'autre. Dans la plupart des opérations de concentration, cela n'a pas d'effet néfaste significatif sur la concurrence car il existe d'autres contraintes concurrentielles suffisantes sur l'entité issue de la concentration. Dans certains cas toutefois, l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration peut créer ou renforcer la capacité de l'entité issue de la concentration à exercer un pouvoir de marché de façon indépendante, en fonction des conditions de marché, y compris l'existence et l'efficacité d'autres contraintes concurrentielles.

*Commentaire n° 2 :* les autorités qui effectuent une analyse des effets unilatéraux doivent non seulement tenir compte des parts de marché et de la concentration du marché mais aussi des caractéristiques spécifiques du marché qui agissent sur la capacité de l'entité issue de la concentration à exercer un pouvoir de marché. Bien que les parts de marché soient un indicateur utile de la probabilité que l'entité issue de la concentration exerce un pouvoir de marché unilatéral, les parts de marché seules peuvent surestimer ou sous-estimer la probabilité qu'une opération de concentration provoque des effets anticoncurrentiels unilatéraux. Les contraintes concurrentielles peuvent empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché même de la part d'entreprises qui disposent d'importantes parts de marché. Par ailleurs, des changements même mineurs des parts de marché peuvent dans certaines circonstances accroître la capacité ou l'intérêt d'une entreprise à exercer un pouvoir de marché.

- B. **Dans le cadre de l'analyse des effets unilatéraux, les autorités doivent appliquer la théorie ou le modèle économique qui correspond le mieux aux caractéristiques du ou des marchés en cause.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1 :* les opérations de concentration peuvent accroître la probabilité de l'exercice d'un pouvoir de marché unilatéral dans diverses situations. Il existe dans les publications économiques, un certain nombre de théories et modèles des effets unilatéraux qui traitent des effets concurrentiels dans des circonstances factuelles spécifiques. Bien que les théories ou modèles spécifiques utilisés varient selon les caractéristiques du marché, tous sont destinés à évaluer s'il existe une augmentation significative du pouvoir de marché unilatéral suite à l'opération de concentration. Parmi les théories et modèles fréquemment utilisés figurent notamment :

- *Opération de concentration débouchant sur un monopole:* une opération de concentration qui regrouperait les deux seuls concurrents d'un marché dûment défini présente un risque élevé d'effets anticoncurrentiels unilatéraux significatifs. Dans le cadre du contrôle d'une opération de concentration regroupant les deux

seuls concurrents d'un marché pertinent, les autorités doivent déterminer s'il existe des contraintes concurrentielles, telles que la facilité d'entrée, qui empêcheraient l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché de la part de l'entité issue de la concentration.

- *Opération de concentration de concurrents sur des marchés de produits différenciés*: une opération de concentration qui regrouperait des fournisseurs de produits différenciés concurrents pourrait accroître la probabilité d'effets anticoncurrentiels unilatéraux significatifs si suffisamment de consommateurs considèrent les produits regroupés par l'opération de concentration comme leurs premiers et seconds choix (ou leurs substituts les plus proches). Parmi les sources de preuve fréquemment utilisées qui témoignent du degré de substituabilité parmi les produits différenciés figurent les sondages marketing, l'analyse des habitudes d'achat, les élasticités-prix croisés et les informations contenues dans tout document commercial des acteurs du marché. Les autorités doivent déterminer si l'opération de concentration pourrait permettre à l'entité issue de la concentration d'augmenter de manière profitable les prix d'un ou de plusieurs produits après la concentration ou si suffisamment de clients se tourneraient vers les produits de concurrents pour que cette augmentation de prix s'avère non rentable pour l'entité issue de la concentration. Les autorités doivent également apprécier si les vendeurs concurrents seraient susceptibles de parer à toute élimination de la concurrence en repositionnant ou en étendant leurs gammes de produits pour mieux concurrencer l'entité issue de la concentration.
- *Opération de concentration de concurrents sur des marchés de produits non différenciés*: dans le cadre d'une opération de concentration qui regrouperait des fournisseurs de produits non différenciés concurrents sur des marchés au sein desquels les entreprises se distinguent en premier lieu par leur capacité, les autorités doivent déterminer si l'entité issue de la concentration pourrait juger profitable d'augmenter les prix en réduisant la production en dessous du seuil qui aurait été maintenu sans l'opération de concentration. L'exercice d'un pouvoir de marché sur de tels marchés n'est probable que si les concurrents de l'entité issue de la concentration ne sont pas enclins à répondre à l'augmentation de prix et à la réduction de la production de la part de l'entité issue de la concentration par des augmentations de leur propre production qui suffiraient, dans l'ensemble, à rendre non rentable cette action unilatérale de l'entité issue de l'opération de concentration. Cela peut se produire si des entreprises qui ne participent pas à l'opération de concentration sont confrontées à des contraintes de capacité actives qui ne peuvent être assouplies économiquement ou si une surcapacité existante est bien plus coûteuse à exploiter que la capacité actuellement utilisée. Dans de tels cas, les concurrents peuvent juger qu'il est plus avantageux d'augmenter les prix que d'augmenter la production, ce qui entraîne des effets anticoncurrentiels unilatéraux supplémentaires.
- *Opération de concentration de concurrents sur les marchés d'appels d'offres et d'enchères*: une opération de concentration qui regrouperait des entreprises enchérissuses concurrentes sur les marchés d'appels d'offres ou d'enchères peut augmenter le risque d'effets anticoncurrentiels unilatéraux significatifs. Il existe une variété de modèles dans les publications économiques qui traitent du vaste éventail de formats d'appels d'offres et d'enchères impliquant des produits tant différenciés que non différenciés. Par exemple, certains modèles visent à déterminer si l'opération de concentration regrouperait les deux concurrents qui proposent les prix les plus bas ou les deux concurrents les plus proches. D'autres modèles s'emploient

à étudier si l'opération de concentration entraînerait une réduction significative pour la concurrence du nombre d'entreprises enchérisseurs. Les autorités doivent définir le modèle approprié en fonction des circonstances du marché et chaque marché d'appels d'offres ou d'enchères doit être analysé à partir de ses propres données factuelles.

*Commentaire n° 2* : la simulation des opérations de concentration et autres modélisations économiques formelles peuvent être des outils précieux pour l'analyse des effets unilatéraux. Pour être utile, le modèle spécifique utilisé doit se fonder sur des principes économiques solides et fiables et correspondre aux données factuelles du marché et des données valables doivent exister pour calibrer le modèle. La correspondance d'un modèle doit être fondée sur la totalité des éléments de preuve.

**C. Dans le cadre de l'analyse des effets unilatéraux, les autorités doivent évaluer les contraintes concurrentielles et autres facteurs pertinents pour apprécier la capacité de l'entité issue d'une concentration à exercer un pouvoir de marché sur le ou les marchés pertinents.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1* : dans le cadre de l'évaluation de l'impact qu'aurait une opération de concentration sur la capacité de l'entité issue de la concentration à exercer un pouvoir de marché, les autorités doivent utiliser tous les éléments de preuve à leur disposition, en particulier les éléments de preuve créés dans le déroulement normal des activités commerciales. Parmi les sources de preuve fréquemment utilisées figurent les documents, informations, éléments de preuve quantitatifs et analyses économiques des parties à la concentration, clients, concurrents et tiers ; les déclarations, démarches et témoignages de représentants des parties à la concentration et autres acteurs du secteur ; les études, rapports et données de marché généralement disponibles dans le secteur.

*Commentaire n° 2* : les autorités doivent déterminer si les contraintes concurrentielles ou autres conditions du marché qui demeureront sur le marché après l'opération de concentration suffisent à empêcher la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché unilatéral. Parmi les facteurs qui contribuent souvent à l'évaluation de la probabilité d'un exercice de pouvoir de marché unilatéral après une opération de concentration figurent les éléments suivants :

- *Disponibilité et réactivité des autres fournisseurs* : si d'autres fournisseurs (qui offrent des substituts adéquats et disposent d'une capacité suffisante) restent présents après l'opération de concentration et qu'un nombre important de clients sont disposés et aptes à se tourner vers ces autres fournisseurs en cas d'augmentation anticoncurrentielle des prix, le risque de perte de ces clients peut suffire à dissuader tout exercice d'un pouvoir de marché par l'entité issue de la concentration.
- *Entrée, repositionnement ou expansion* : la perspective de l'entrée de nouveaux concurrents ou bien de l'expansion ou du repositionnement de concurrents existants peut suffire, en termes de temps, de portée et de probabilité, à dissuader ou empêcher toute tentative d'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité issue de la concentration.<sup>6</sup> Dans certains cas cependant, une opération de concentration peut

---

<sup>6</sup> La pratique recommandée VII en matière d'analyse des opérations de concentration traite de l'analyse de l'entrée et de l'expansion.

diminuer la probabilité qu'une entrée, une expansion ou un repositionnement agisse comme une contrainte concurrentielle face à l'exercice d'un pouvoir de marché.

- *Pouvoir des acheteurs* : dans certaines circonstances, les clients peuvent avoir intérêt à empêcher et la capacité d'empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché grâce à leur pouvoir de négociation vis-à-vis du vendeur en raison de leur nombre, de leur importance commerciale pour le vendeur ou de leur capacité à se tourner vers d'autres sources d'approvisionnement. Les clients peuvent également avoir la capacité d'encourager ou de promouvoir l'entrée ou l'expansion concurrentielle du produit concerné ou encore de le produire eux-mêmes. Dans de tels cas, même les entreprises qui ont une importante part de marché peuvent ne pas être en mesure d'exercer un pouvoir de marché après la concentration. Pour prévenir d'importants effets anticoncurrentiels, le pouvoir des acheteurs doit cependant restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché sur le marché et non simplement protéger certains clients individuels.
- *Gains d'efficacité* : les autorités doivent attentivement évaluer toute allégation étayée des parties à la concentration selon laquelle une opération de concentration générera des gains d'efficacité suffisants pour empêcher ou atténuer les effets anticoncurrentiels unilatéraux découlant de la concentration. Par exemple, les réductions des coûts peuvent limiter l'intérêt d'une entité issue de la concentration à augmenter ses prix. Les gains d'efficacité peuvent également présenter des avantages sous la forme de nouveaux produits ou de produits améliorés, même lorsque le prix n'est pas immédiatement et directement affecté. Les autorités doivent prendre en compte l'impact qu'auraient des gains d'efficacité prouvés, dont la réalisation serait peu probable en l'absence de l'opération de concentration, sur la capacité et sur l'intérêt de l'entité issue de la concentration à entrer en concurrence et si ces gains d'efficacité peuvent préserver ou renforcer la concurrence, profitant ainsi aux consommateurs.

## VI. Effets coordonnés

- A. Dans le cadre de l'analyse de la probabilité qu'une opération de concentration horizontale entraîne des effets coordonnés, les autorités doivent déterminer si l'opération de concentration accroît la probabilité que les entreprises du marché parviennent à coordonner leur comportement ou à renforcer la coordination existante de façon à nuire de manière significative à la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

Commentaire n° 1 : pour identifier les opérations de concentration qui augmentent les chances de coordination ou renforcent la coordination existante, les autorités doivent : (a) déterminer si les conditions du marché sont propices à la coordination sur le ou les marchés pertinents concernés par l'opération de concentration et (b) analyser spécifiquement si et de quelle manière l'opération de concentration affecterait les conditions du marché et la capacité ou l'intérêt des entreprises de nature à favoriser la coordination après la concentration.

*Commentaire n° 2* : le fait que les conditions d'un marché soient propices à la coordination n'est pas suffisant en soi pour conclure qu'une opération de concentration est susceptible de favoriser ou de renforcer la coordination. Les autorités doivent également être en mesure de déterminer si l'opération de concentration facilitera la coordination ou augmentera les chances de coordination en tenant compte des caractéristiques spécifiques du marché qui influent sur la capacité et l'intérêt de l'entité issue de la concentration à exercer un pouvoir de marché en coordination avec des concurrents.

*Commentaire n° 3* : les changements de concentration du marché et des parts de marché sont des facteurs pertinents mais pas déterminants pour estimer si une opération de concentration est susceptible de favoriser ou de renforcer une interaction coordonnée. Les autorités doivent tenter de déterminer si l'opération de concentration modifiera la capacité ou l'intérêt des entreprises à obtenir et à maintenir la coordination. Un examen du rôle que chaque concurrent joue dans la dynamique concurrentielle du marché peut contribuer à déterminer la manière dont l'opération de concentration est susceptible d'influer sur la probabilité d'une coordination après la concentration.

- B. Dans le cadre de l'analyse des effets coordonnés, les autorités doivent déterminer si les conditions généralement nécessaires à une coordination réussie sont présentes : la capacité(a) à identifier les conditions de coordination, (b) à détecter les dérogations aux conditions de coordination et (c) à sanctionner les dérogations qui compromettraient l'interaction coordonnée.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1* : le comportement coordonné peut prendre de nombreuses formes : il peut être tacite ou explicite et peut être ou ne pas être légal en soi. Sur certains marchés, les entreprises peuvent coordonner leur comportement sur les prix afin de maintenir ceux-ci au-dessus du niveau de la concurrence. Sur d'autres marchés, la coordination des entreprises peut viser à limiter la production ou la quantité de nouvelles capacités mises sur le marché. Les entreprises peuvent également se coordonner en divisant le marché, par exemple sur la base de la zone géographique ou d'autres caractéristiques liées aux clients, ou en attribuant des contrats sur les marchés des appels d'offres.

*Commentaire n° 2* : pour se coordonner, les entreprises doivent comprendre la méthode à appliquer. Cela ne nécessite pas d'accord explicite ou de communication entre les concurrents, ni d'implication de toutes les entreprises ou de coordination parfaite entre les entreprises. Les autorités doivent évaluer la probabilité pour les participants d'obtenir des conditions de coordination suffisamment optimisées pour nuire de manière significative à la concurrence. Parmi les facteurs clés pour l'évaluation des conditions de marché propices à la coordination figurent notamment :

- le nombre d'entreprises sur un marché, puisqu'il est plus facile de coordonner un petit nombre d'acteurs qu'un grand nombre d'entre eux ;
- l'existence de commandes fréquentes et régulières, qui facilite la coordination et la détection de dérogations aux conditions de coordination ;
- l'homogénéité des produits, puisqu'il est plus facile de se coordonner sur des conditions notamment tarifaires lorsque les produits concurrents sont sensiblement les mêmes ;
- l'homogénéité des entreprises, notamment en termes de symétrie des parts de marché, la similarité des structures de coût, les niveaux d'intégration verticale et l'impact éventuel d'une telle homogénéité sur leur capacité ou intérêt à se coordonner ;
- le degré de transparence des informations importantes qui pourraient offrir un point focal de coordination, notamment les informations concernant les prix, la production, la capacité, les clients desservis, les territoires desservis, les remises, les présentations de nouveaux produits, etc. ;
- les participations croisées et autres liens qui peuvent faciliter l'échange d'informations entre les concurrents concernant les conditions de coordination et diminuer leur intérêt à entrer en concurrence et
- d'autres conditions du marché : par exemple, il est plus facile de se coordonner sur les prix lorsque les conditions de la demande et de l'offre sont relativement stables que lorsqu'elles varient constamment (par exemple en raison de la facilité d'entrée pour les nouvelles entreprises ou d'innovations de produits importantes et rapides).

*Commentaire n° 3* : les entreprises peuvent être en mesure d'identifier les conditions de coordination même sur des marchés présentant des caractéristiques de produits ou des termes d'échange complexes. Sur un marché composé de nombreux produits différenciés par exemple, il se peut que les entreprises soient toujours en mesure de se coordonner sur les prix en établissant des règles de tarification simples qui simplifient la coordination sur un grand nombre de prix ou de se coordonner sur d'autres conditions que les prix. En outre, la coordination n'est pas nécessairement obtenue à tous les niveaux de la concurrence.

*Commentaire n° 4* : bien que la coordination puisse être dans l'intérêt collectif des participants, il est souvent dans l'intérêt individuel d'une entreprise de dévier des conditions de coordination afin de tirer parti des possibilités de gains offertes lorsque les autres entreprises augmentent leurs prix ou coordonnent leur comportement à tout autre égard. Pour le maintien de la coordination, les participants doivent être capables de détecter les écarts par rapport aux conditions de coordination et d'y répondre. Les autorités doivent évaluer la mesure dans laquelle les entreprises auraient la capacité de contrôler les conditions de coordination essentielles et de détecter les écarts relatifs aux conditions de coordination dans les meilleurs délais. Les facteurs suivants contribuent, entre autres, à l'évaluation de la probabilité et de la rapidité d'une détection des écarts par rapport aux actions coordonnées :

- le degré de transparence des informations importantes nécessaires pour vérifier le respect des conditions de coordination de la part des autres entreprises, notamment les informations relatives à la tarification, aux niveaux de production ou aux opérations individuelles des autres entreprises. Par exemple, si les commandes des produits concernés sont régulières, tant en termes de fréquence que de volume, il peut être difficile pour une entreprise de commettre un écart (en augmentant sa production) sans que cela ne soit détecté. De même, si la demande ou les coûts sont légèrement fluctuants, les écarts sont plus faciles à détecter. D'un autre côté, si les commandes des produits concernés sont peu fréquentes et importantes, les entreprises peuvent avoir davantage intérêt à commettre des écarts afin d'obtenir des commandes et la menace d'une sanction ultérieure n'a pas nécessairement de pouvoir de dissuasion efficace.
- la mesure dans laquelle l'homogénéité ou l'hétérogénéité des produits et des entreprises peut rendre plus ou moins difficile le contrôle du respect des conditions de coordination et la détection des écarts.

*Commentaire n° 5 :* pour dissuader tout écart par rapport aux conditions de coordination, les entreprises doivent être capables de sanctionner les écarts de façon à garantir que les entreprises participant à la coordination trouvent plus avantageux de respecter les conditions de coordination que d'en dévier, en raison du coût de la sanction. La sanction peut prendre différentes formes, notamment l'abandon temporaire des conditions de coordination de la part des autres entreprises du marché. Les facteurs suivants contribuent, entre autres, à déterminer si une sanction suffisamment crédible et sévère sera appliquée en cas de détection d'un écart de la part d'une des sociétés :

- l'efficacité du mécanisme de dissuasion: par exemple la menace de l'expansion de la production pour sanctionner une entreprise ayant commis un écart peut ne pas être crédible ou efficace si les entreprises participant à la coordination ne disposent pas d'une surcapacité ou ne disposent que d'une surcapacité minimale ;
- la rapidité de mise en place du mécanisme de dissuasion, étant donné que la sanction appliquée après un délai important a peu de chances de suffire à compenser les avantages de l'écart commis et
- les coûts de mise en place du mécanisme de dissuasion par rapport aux avantages à long terme de la coordination.

D'autres facteurs tels que la présence des mêmes entreprises sur plusieurs marchés (parfois dénommée « contacts multi-marchés ») peuvent également être intéressants pour déterminer la probabilité qu'une sanction soit suffisamment crédible et sévère.



- C. Dans le cadre de l'analyse des effets coordonnés, les autorités doivent évaluer la mesure dans laquelle les contraintes concurrentielles existantes et d'autres facteurs seraient susceptibles de dissuader ou de perturber une coordination réussie. Pour effectuer une telle analyse, les autorités doivent tenir compte de tous les éléments de preuve disponibles, y compris les conditions du marché avant la concentration qui peuvent restreindre ou faciliter une coordination réussie et l'impact de l'opération de concentration sur ces conditions.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (juin 2009)*

*Commentaire n° 1* : les autorités doivent déterminer si les contraintes concurrentielles ou autres conditions du marché qui demeureront sur le marché après l'opération de concentration suffiront à empêcher la création ou le renforcement d'une interaction coordonnée. Les facteurs suivants contribuent, entre autres, souvent à une telle évaluation :

- *Coordination/comportement des entreprises dans le passé* : dans le cadre de l'évaluation de la probabilité des effets coordonnés, les autorités doivent tenir compte des informations portant sur les caractéristiques des marchés concernés avant la concentration, y compris le comportement des entreprises dans le passé. Les éléments de preuve démontrant une coordination dans le passé peuvent permettre d'attester l'existence des trois conditions d'une coordination réussie si les caractéristiques du marché pertinent n'ont pas sensiblement changé ou ont peu de chances de changer dans un avenir proche.
- *Entrée ou expansion* : les autorités doivent également se pencher sur les actions des concurrents qui ne sont pas censés prendre part à la coordination (les « concurrents qui ne participent pas à la coordination ») et celles des concurrents potentiels, dont le délai, la portée et la probabilité peuvent suffire à compromettre le résultat attendu de la coordination<sup>7</sup>. Par exemple, l'existence de concurrents qui ne participent pas à la coordination et sont capables d'augmenter leur capacité afin de prendre des ventes aux entreprises participant à la coordination peut dissuader ou perturber la coordination. Les autorités doivent par conséquent étudier l'existence et l'importance des barrières à l'entrée et à l'expansion au sein du ou des marchés pertinents puisque des barrières réduites à l'entrée et à l'expansion peuvent rendre une bonne coordination peu probable ou impossible.
- *Franc-tireur* : il peut également être difficile de maintenir une coordination en la présence d'un franc-tireur, c'est-à-dire une entreprise appliquant une stratégie concurrentielle différente et ayant davantage intérêt que ses concurrents à s'écarter des conditions de coordination d'un point de vue économique. Il est nécessaire d'accorder une attention particulière aux opérations de concentration qui comportent l'acquisition d'un franc-tireur car ces opérations peuvent, dans certaines circonstances, éliminer une contrainte significative à l'égard d'une coordination efficace et rendre une interaction coordonnée plus probable, plus concluante ou plus complète.
- *Pouvoir des acheteurs* : les autorités doivent déterminer si les actions ou les caractéristiques des clients ont un impact sur la probabilité d'une coordination réussie. Dans certaines circonstances, les acheteurs sont en mesure de fragiliser un

---

<sup>7</sup> La pratique recommandée VII en matière d'analyse des opérations de concentration traite de l'analyse de l'entrée et de l'expansion.

comportement coordonné, par exemple en favorisant l'entrée ou l'expansion. Lorsque d'importants acheteurs sont susceptibles de conclure des contrats de longue durée de façon à ce que les ventes couvertes par de tels contrats occupent une part importante de la production totale d'une entreprise, les entreprises peuvent avoir davantage intérêt à s'écarter des conditions de coordination.

- *Gains d'efficacité* : les autorités doivent attentivement évaluer toute allégation étayée des parties à la concentration selon laquelle une opération de concentration générera des gains d'efficacité suffisants pour empêcher ou atténuer les effets coordonnés découlant de la concentration. Par exemple, une réduction des coûts peut accroître l'intérêt d'une entité issue de la concentration à diminuer les prix, ce qui limite ainsi l'intérêt d'une coordination. Les gains d'efficacité peuvent également présenter des avantages sous la forme d'un nouveau produit ou d'un produit amélioré qui pourrait compromettre la coordination. Les autorités doivent tenir compte de l'impact de gains d'efficacité attestés qui ont peu de chances d'être obtenus en l'absence de l'opération de concentration sur l'intérêt d'une coordination pour l'entité issue de la concentration.

*Commentaire n° 2* : dans le cadre de l'évaluation des conditions de marché propices à la coordination, les autorités de concurrence doivent prendre en considération le fait qu'aucun facteur ou groupe de facteurs en soi n'est déterminant.

## VII. Entrée et expansion

- A. L'évaluation de l'entrée d'entreprises et/ou de l'expansion de concurrents existants doit faire partie intégrante de l'analyse visant à déterminer si une opération de concentration est susceptible de nuire de manière significative à la concurrence (par exemple l'entité issue de la concentration pourrait augmenter ses prix ou réduire sa production, sa qualité ou son innovation).**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n° 1* : l'entrée ou la menace d'une entrée par des concurrents potentiels ou des clients se tournant vers un approvisionnement interne peut constituer une contrainte concurrentielle importante sur la conduite de l'entité issue de la concentration. Si l'entité issue de la concentration est soumise à des contraintes concurrentielles découlant de la menace d'une entrée sur le marché (par exemple si les barrières à l'entrée sont faibles et que l'entrée est susceptible d'être rentable aux prix antérieurs à la concentration), l'opération de concentration a peu de chances d'avoir des effets anticoncurrentiels.

*Commentaire n° 2* : la capacité des entreprises concurrentes à étendre leur capacité rapidement, à utiliser les capacités disponibles ou à convertir la capacité d'une utilisation à une autre, peut également constituer une contrainte concurrentielle importante sur la conduite de l'entité issue de la concentration (ces réactions à plus court terme du côté de l'offre peuvent également être évaluées dans le contexte de la définition du marché). De nombreux facteurs utilisés pour évaluer l'entrée sont utiles à l'analyse de l'expansion, notamment en ce qui concerne les plans d'expansion des concurrents, les barrières à l'expansion et la rentabilité de l'expansion.

*Commentaire n° 3* : les autorités de concurrence doivent déterminer si l'entrée et/ou l'expansion dissuaderaient ou compenseraient les effets anticoncurrentiels probables d'une opération de concentration. Les autorités de concurrence doivent privilégier les entrées et/ou expansions qui surviendraient en raison de la situation concurrentielle postérieure à la concentration ainsi que les entrées et expansions susceptibles d'avoir lieu indépendamment de l'opération de concentration.

- B. Pour déterminer si l'entrée et/ou l'expansion restreindraient effectivement l'entité issue de la concentration, les autorités de concurrence doivent définir si, par nature, par effet d'échelle et en terme de portée, l'entrée et/ou l'expansion seraient : (a) probables, (b) rapides et (c) suffisantes.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2008)*

*Commentaire n° 1* : pour que l'entrée et/ou l'expansion soient *probables*, il doit être avantageux pour les concurrents de l'entité issue de la concentration d'étendre la production et/ou pour les entrants potentiels d'entrer sur le marché en réaction à une tentative par l'entité issue de la concentration de bénéficier d'une réduction potentielle de la concurrence provoquée par l'opération de concentration (par exemple une augmentation des prix postérieure à la concentration). Dans le cadre de l'évaluation de la *probabilité* d'entrée, les autorités de concurrence doivent également envisager d'établir, si possible, l'historique de l'entrée sur le marché pertinent et de la sortie du marché pertinent à l'aide des éléments de preuve disponibles, notamment les informations sur les entreprises qui sont récemment entrées sur le marché ou sorties du marché, les informations concernant l'historique et les prévisions de croissance du marché, les éléments de preuve des prévisions d'entrée et/ou d'expansion, l'observation directe des coûts, des risques et des avantages associés à l'entrée et les informations d'entreprises

identifiées comme entrants potentiels.

*Commentaire n° 2* : pour évaluer la *probabilité* d'entrée et/ou d'expansion, les autorités de concurrence doivent se pencher sur l'existence et l'importance des barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché pertinent (c'est-à-dire les avantages dont jouissent les entreprises historiques par rapport aux entrants potentiels qui peuvent empêcher ou retarder l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché). Dans le cadre de l'évaluation de la facilité d'entrée, les autorités doivent déterminer si les entrants potentiels considéreraient que l'entrée est avantageuse compte tenu des facteurs, non exhaustifs, suivants :

- les économies de gamme et/ou d'échelle, la disponibilité d'une ressource rare et essentielle, les capacités techniques ou les droits de propriété intellectuelle ;
- la réputation des entreprises historiques, leurs investissements en surcapacité, ou les clauses de durée, de résiliation et de renouvellement des contrats existants ;
- les réglementations gouvernementales qui peuvent, par exemple, limiter le nombre d'acteurs sur le marché ou imposer des coûts importants d'approbation réglementaire ; et,
- les coûts irrécupérables, qui ne peuvent pas être recouverts si l'entrant quitte le marché, ce qui inclut les machines propres au site ou les activités de R&D qui n'ont pas encore engendré d'inventions ou d'innovations commercialisables.

*Commentaire n° 3* : pour déterminer si l'entrée et/ou l'expansion sont *rapides*, les autorités de concurrence doivent déterminer si l'entrée et/ou l'expansion auraient lieu dans un délai raisonnable après l'opération de concentration (de nombreuses juridictions estiment que l'entrée doit avoir un impact concurrentiel dans les deux ans pour avoir un effet régulateur suffisant). L'horizon prévisionnel approprié peut varier en fonction des caractéristiques du marché pertinent.

*Commentaire n° 4* : pour que l'entrée et/ou l'expansion soient *suffisantes*, les autorités de concurrence doivent déterminer si l'entrée et/ou l'expansion seraient :

- suffisantes en termes d'échelle pour concurrencer efficacement l'entité issue de la concentration ;
- aptes à contrebalancer les éventuels effets anticoncurrentiels spécifiques découlant de l'opération de concentration et
- aptes à contrebalancer les éventuels effets localisés de l'opération de concentration (par exemple sur les marchés différenciés par zone géographique ou catégorie de clients).

## **VIII. Entreprise défaillante/actifs sortants**

- A. Il est peu probable qu'une opération de concentration crée ou renforce un pouvoir de marché si l'une des parties à la concentration est susceptible de déposer le bilan (une « entreprise défaillante ») et s'il est probable que ses actifs sortent du marché dans un avenir proche. Dans les cas où les parties à la concentration déclarent qu'une opération de concentration a peu de chances de porter atteinte à la concurrence en raison du fait que l'une des parties à la concentration est défaillante, les autorités doivent évaluer attentivement le scénario contrefactuel qui convient pour analyser les effets de l'opération de concentration sur la concurrence.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1 :* les autorités doivent attentivement étudier les déclarations des parties à la concentration selon lesquelles une opération de concentration ne portera pas atteinte à la concurrence en raison du fait que l'entité rachetée et ses actifs seraient dans tous les cas sortis du marché en l'absence de l'opération de concentration. Dans de tels cas, la conclusion selon laquelle l'opération de concentration ne portera pas atteinte à la concurrence repose sur le fait que la concurrence d'une entreprise défaillante serait éliminée même sans l'opération de concentration et, par conséquent, que la situation concurrentielle après la concentration ne peut pas être pire que le scénario contrefactuel, c'est à dire la situation de concurrence en l'absence de l'opération de concentration. Dans les cas où l'une des parties à la concentration est prétendument une entreprise défaillante, les autorités doivent précisément déterminer s'il existe un lien de causalité entre l'opération de concentration et toute aggravation des conditions concurrentielles ou si la structure concurrentielle du marché se détériorerait tout autant même sans la concentration.

*Commentaire n° 2 :* les autorités doivent également soigneusement étudier les conséquences de la présence d'une entreprise prétendument défaillante dans le contexte de l'analyse contrefactuelle. À cet égard, les autorités doivent se rappeler qu'il peut exister plus d'un scénario contrefactuel pertinent (par exemple si les actifs de l'entreprise défaillante sortent du marché ou sont rachetés par un concurrent historique moins important sur le plan de la concurrence ou un nouvel entrant potentiel). Par conséquent, le choix du scénario contrefactuel adéquat peut être un exercice complexe. En outre, la plupart des éléments de preuve de sortie de l'entreprise prétendument défaillante sont possédées par les parties à la concentration qui peuvent déclarer qu'une entreprise est défaillante même lorsque les actifs de production ne quittent pas le marché pertinent, auquel cas la défaillance et la sortie de l'entreprise ne constituent pas le scénario contrefactuel adéquat.

*Commentaire n° 3 :* dans de nombreux cas, une opération de concentration impliquant une entreprise défaillante ne soulèvera pas de problèmes de concurrence en raison du fait que suffisamment de contraintes concurrentielles restent en place sur le marché pour empêcher une atteinte significative à la concurrence, indépendamment du fait que l'entreprise soit défaillante et que ses actifs quittent le marché dans un avenir proche. En l'absence de problèmes de concurrence, les autorités n'ont pas besoin de déterminer si les conditions d'une entreprise défaillante sont réunies.

- B. Pour évaluer les affirmations selon lesquelles une opération de concentration ne portera pas atteinte à la concurrence en raison du fait que l'une des parties à la concentration est défaillante, les autorités doivent déterminer si : (a) l'entreprise est incapable de remplir ses obligations financières dans un avenir proche, (b) il n'existe aucune perspective sérieuse de réorganisation de l'activité, (c) il n'existe aucune autre solution crédible moins anticoncurrentielle que l'opération de concentration concernée et (d) l'entreprise et ses actifs sortiraient du marché dans un avenir proche à défaut de concentration.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1 :* dans certaines juridictions, l'appréciation de la défaillance d'une entreprise fait partie de l'analyse des effets concurrentiels (par exemple dans le cadre du scénario contrefactuel), tandis que pour d'autres juridictions, la défaillance imminente de l'entreprise est un moyen de défense formel face à une opération de concentration par ailleurs anticoncurrentielle. En outre, certaines autorités peuvent exiger une norme de preuve plus astreignante et d'autres peuvent faire peser sur les parties à la concentration la charge d'établir que sont réunies les conditions d'une entreprise défaillante, mais une analyse de fond similaire s'applique quelle que soit la méthode employée.

*Commentaire n° 2 :* lorsqu'une entreprise déclare être défaillante, les autorités doivent attentivement étudier si l'entreprise en question est réellement défaillante. Malgré des difficultés temporaires, il arrive souvent que les entreprises réussissent à survivre et à rester en situation de concurrence. Le fait qu'une entreprise ne soit pas rentable ne signifie pas forcément qu'il s'agit d'une entreprise défaillante puisque les pertes comptables ne reflètent pas nécessairement les véritables pertes économiques découlant des opérations en cours, c'est-à-dire sa capacité fondamentale à être compétitive à l'avenir. Par exemple, une entreprise qui a une dette importante peut être capable de se sortir de ses difficultés financières en faisant face à la concurrence grâce à une nouvelle stratégie d'entreprise ou une nouvelle gestion en raison du fait qu'elle possède des actifs de valeur.

*Commentaire n° 3 :* pour déterminer si l'entreprise est dans l'incapacité de satisfaire ses obligations financières, les autorités doivent demander aux parties à la concentration de fournir des informations financières actuelles et antérieures concernant l'activité commerciale prétendument défaillante. Ces informations peuvent comprendre les pertes et profits et le flux de trésorerie, les bilans récents et l'analyse des derniers comptes réglementaires, le délai et la nature des obligations financières de l'entreprise, la relation entre les coûts et les revenus de l'entreprise, la probabilité que l'entreprise soit capable de générer de nouveaux revenus ou d'obtenir de nouveaux clients ainsi que la disponibilité actuelle et future d'apports clés. Les autorités doivent estimer si les documents établis dans le cadre normal des activités indiquent une faillite imminente ou si les allégations de défaillance semblent être exagérées afin de justifier l'opération de concentration. Des projections financières doivent également être demandées, y compris les informations de prévision pour l'année en cours, dans l'idéal des prévisions établies avant l'opération proposée ou à d'autres fins et non établies exclusivement pour l'autorité concernée. Dans la plupart des cas, les autorités doivent demander l'assistance (interne et externe) de spécialistes des finances et de comptabilité.

*Commentaire n° 4 :* pour évaluer si l'entreprise défaillante est dans l'incapacité de se réorganiser efficacement, les autorités doivent demander aux parties à la concentration de prouver qu'elles n'ont pas de possibilité raisonnable de restructuration ou de refinancement puisque même les

entreprises en procédure collective<sup>8</sup> parviennent souvent à survivre et à se rétablir. Ces éléments de preuve peuvent provenir de documents du conseil d'administration ou d'autres documents stratégiques rédigés par l'entreprise pour identifier différentes façons d'améliorer sa situation. Si l'entreprise est en procédure collective, les autorités doivent envisager de mener une enquête avec l'administrateur afin de déterminer s'il existe une perspective sérieuse de sortie de la procédure collective, éventuellement sous une forme réorganisée.

*Commentaire n° 5 :* pour déterminer s'il n'existe pas d'alternative crédible moins anticoncurrentielle que l'opération de concentration, les autorités doivent évaluer si l'entreprise défaillante a, en toute bonne foi, recherché en vain, une alternative crédible à l'acquisition de l'entreprise ou de ses actifs, qui à la fois maintiendrait les actifs sur le marché pertinent et porterait moins atteinte à la concurrence que l'opération de concentration concernée. À cet égard, les autorités doivent demander des éléments de preuve démontrant que la vente de l'entreprise ou de ses actifs est suffisamment visible pour attirer l'attention d'acquéreurs potentiels. Les autorités doivent tenir compte de toute offre d'acquisition des actifs de l'entreprise défaillante supérieure à la valeur liquidative de ces actifs (nette des coûts associés au processus de liquidation). Le fait que l'offre d'un autre acquéreur ne soit pas préférable à celle des parties à la concentration d'un point de vue commercial ne doit pas pousser les autorités à ignorer l'offre de l'acquéreur dans la mesure où celle-ci est supérieure à la valeur liquidative des actifs. En outre, certaines juridictions déterminent si la défaillance de l'entreprise et la liquidation de ses actifs pourraient être une alternative moins anticoncurrentielle à l'opération de concentration puisque les entreprises demeurant sur le marché entreraient en concurrence pour obtenir les parts de marché et les actifs de l'entreprise défaillante qui auraient autrement été cédés à un acquéreur unique.

*Commentaire n° 6 :* pour examiner une déclaration de défaillance de l'entreprise, les autorités doivent également évaluer si les actifs de l'entreprise défaillante sortiraient du marché dans un avenir proche en l'absence de l'opération de concentration concernée. Si l'entreprise possède des actifs importants dont la valeur est au plus élevé dans leur utilisation actuelle, ces actifs ont peu de chance de sortir du marché, même si l'entreprise ne parvient pas à remplir ses obligations financières dans un avenir proche. Par ailleurs, les actifs qui ne sont pas viables sur le plan économique ne sont pas censés demeurer sur le marché, à moins que l'acquéreur ne prévoie que l'acquisition génère d'importants gains d'efficacité qui rendront les actifs économiquement viables. Dans de tels cas, l'entreprise acquéreur achèterait l'entreprise défaillante pour bénéficier des gains d'efficacité générés par l'opération de concentration plutôt que par une réduction de la concurrence car l'entreprise défaillante quittera le marché quoi qu'il en soit. Une telle opération de concentration est susceptible d'être bénéfique pour les clients car la situation de concurrence avec l'opération de concentration sera meilleure que si la concentration n'avait pas eu lieu.

*Commentaire n° 7 :* il est possible que le nombre d'opérations de concentration impliquant des entreprises en difficulté financière augmente et, par conséquent, que le nombre d'entreprises se déclarant défaillantes augmente en période de crise économique. Toutefois, les autorités doivent déterminer de la même manière si les conditions de défaillance d'une entreprise sont remplies, que ce soit pendant des périodes économiquement difficiles ou dans le cadre d'un environnement économique plus favorable.

---

<sup>8</sup> Le terme « procédure collective » est employé ici pour désigner les différentes procédures de faillite mises en place dans les juridictions de l'ICN dans le cadre desquelles une entreprise en difficulté financière est jugée insolvable (avec vente ou liquidation de ses biens) ou est restructurée. Ces procédures s'accompagnent généralement de la nomination d'une personne qui supervise le patrimoine de l'entreprise pour le compte des créanciers pendant le processus de liquidation ou de restructuration, dénommé ici « administrateur ». Bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'une entreprise soit en procédure collective pour être considérée comme une entreprise défaillante, le fait qu'une entreprise soit en procédure collective est utile pour déterminer si l'entreprise est dans l'incapacité de remplir ses obligations financières dans un avenir proche. La législation régissant la procédure collective varie en fonction des juridictions et peut ainsi restreindre les possibilités offertes à des acquéreurs potentiels de tout ou partie d'une entreprise défaillante.

*Commentaire n° 8* : les parties à la concentration peuvent alléguer qu'une opération de concentration ne portera pas atteinte à la concurrence au motif que l'une des parties à la concentration est « défailante », c'est-à-dire en difficulté financière, mais ne remplit pas les conditions d'une entreprise défailante. Si les critères d'établissement d'une entreprise défailante ne sont pas remplis, les autorités doivent dûment tenir compte de ces allégations dans le cadre de l'analyse des effets concurrentiels puisque la fragilité financière de l'entreprise peut tout de même constituer un facteur pertinent pour déterminer si l'opération de concentration est anticoncurrentielle. Dans de tels cas, l'affaiblissement de la situation financière d'une entreprise peut indiquer qu'elle est susceptible d'être moins compétitive à l'avenir de sorte que l'opération de concentration n'amointrira pas la concurrence de manière significative.

- C. Pour évaluer l'affirmation selon laquelle une opération de concentration ne portera pas atteinte à la concurrence en raison de ce qu'une division d'une entreprise est défailante, les autorités peuvent examiner si les conditions suivantes sont remplies : (a) la division a un flux de trésorerie négatif sur le plan de l'exploitation, (b) la division et ses actifs sortiraient du marché dans un avenir proche à défaut d'opération de concentration et (c) il n'existe aucune alternative raisonnable moins anticoncurrentielle que la concentration en question.**

*Commentaires du groupe de travail  
Commentaires originaux (avril 2010)*

*Commentaire n° 1* : dans certains cas, une opération de concentration peut impliquer l'acquisition d'une division défailante (ou d'un groupe d'actifs associés) d'une entreprise par ailleurs viable financièrement. Dans certaines juridictions, les parties à la concentration peuvent alors affirmer que l'opération de concentration ne nuira pas significativement à la concurrence en raison de ce que la division défailante et ses actifs sortiraient du marché à défaut de la concentration. Il est possible de considérer que de telles affirmations font partie de l'analyse des effets concurrentiels ou des moyens de défense formels à l'égard d'une opération de concentration par ailleurs anticoncurrentielle.

*Commentaire n° 2* : dans les juridictions qui examinent les déclarations de division défailante, les autorités qui cherchent à déterminer si une division est défailante doivent appliquer des conditions semblables à celles qui auraient été appliquées à des déclarations d'entreprise défailante. Toutefois, étant donné les différences factuelles entre une division défailante et une entreprise défailante, les autorités doivent également avoir conscience qu'il peut être nécessaire d'appliquer différemment les conditions. Lorsqu'elles évaluent les déclarations selon lesquelles une division est défailante, les autorités doivent savoir qu'il est possible, dans certains cas, que les pratiques comptables de la société mère puissent donner l'impression qu'une division est défailante alors qu'elle ne l'est pas. Le fait qu'une division opérationnelle ne soit actuellement pas rentable ne signifie pas nécessairement que la division est défailante ou qu'elle sortira du marché dans un avenir proche. Une division peut fonctionner avec des pertes temporaires mais être en mesure de se redresser et même une division non rentable a peu de chance de sortir du marché si elle a une fonction importante au sein de l'entreprise, notamment la prise en charge ou le développement d'une marque ou d'un secteur d'activité de premier plan. En outre, il peut s'avérer difficile d'évaluer le montant que la société mère investirait dans la division en l'absence de la concentration. Par conséquent, les autorités doivent demander aux parties à la concentration des éléments de preuve manifestes démontrant la probabilité de défaillance de la division et de sortie du marché de ses actifs dans un avenir proche en l'absence de la concentration.



*Commentaire n° 3* : pour évaluer si la division défaillante a un flux de trésorerie négatif sur le plan de l'exploitation, les autorités doivent veiller à tenir compte des recettes et des coûts exacts. Eu égard à la capacité de l'entreprise, considérée plus largement, d'affecter les coûts, recettes et transactions intragroupe entre elle-même et ses filiales et divisions, les autorités doivent demander des éléments de preuve qui ne reposent pas uniquement sur les documents établis par les parties à la concentration pour démontrer un flux de trésorerie négatif ou la perspective de sortie.