

RLC 3185

UPS/TNT : l'économétrie au centre du droit des concentrations

Le veto de 2013 de la Commission européenne quant au rachat de TNT Express par UPS a été invalidé en appel par le Tribunal de l'Union européenne, sur la base d'un manquement aux droits de la défense ayant consisté à ne pas communiquer aux parties la dernière version d'un modèle économétrique. Quelles conclusions peut-on tirer de cette annulation quant au statut des études économétriques en droit des concentrations ?

Trib. UE, 7 mars 2017, aff. T-194/13, United Parcel Service c/ Commission, EU:T:2017:144



Par Emmanuel
FROT
Directeur –
Deloitte Economic
Consulting

Les faits

L'entreprise postale UPS a notifié en juin 2012 à la Commission européenne le projet d'acquisition de son concurrent TNT Express. Après une enquête approfondie de Phase II, la Commission a décidé en janvier 2013 d'interdire ce rachat en estimant que la concentration aurait résulté en une restriction de concurrence dans 15 États membres.

UPS a fait appel de cette décision. Entre-temps, FedEx a acquis TNT – une concentration autorisée par la Commission en janvier 2016.

En mars 2017, le Tribunal de l'Union européenne a cependant annulé le refus de la Commission pour vice de procédure. Le Tribunal a considéré que les droits à la défense des parties à la concentration n'avaient pas été respectés en notant que l'analyse économétrique utilisée par la Commission dans sa décision différait de celle ayant fait l'objet d'un débat contradictoire⁽¹⁾.

D'après le Tribunal, le seul fait qu'il existe une probabilité, même faible, qu'UPS eût été plus à même d'assurer sa défense s'il avait eu connaissance du modèle économétrique utilisé, suffit à invalider la décision de la Commission⁽²⁾.

L'analyse économétrique menée par la Commission

La Commission a mené dans sa décision une analyse économétrique sur la base de travaux proposés initialement par les parties. L'approche retenue est une *price concentration analysis* ou PCA. Celle-ci consiste à utiliser des variations structurelles au sein des marchés avant la concentration pour estimer les effets que la concentration aurait sur les prix.

Dans le cas d'espèce, la Commission a exploité le fait que certaines origines-destinations sont caractérisées par la présence d'un nombre variable de concur-

(1) Trib. UE, communiqué de presse n° 23/17, 7 mars 2017.

(2) Arrêt sous commentaire, pt. 210.

rents. Imaginons par exemple que seules UPS et DHL acheminent des colis de A vers B ; que UPS, TNT et DHL proposent des services entre A et C ; et que UPS, TNT, FedEx et DHL sont présents entre C et D. Chacune des paires origine-destination est caractérisée par un nombre différent de concurrents. L'analyse consiste ensuite à mesurer les différences de prix entre ces paires ; le tableau suivant fournit une illustration des résultats possibles.

	A-B	A-C	C-D
Entreprises présentes	UPS-DHL	UPS-TNT-DHL	UPS-TNT-FedEx-DHL
Nombre de concurrents	2	3	4
Prix moyen	105	100	95

D'après le tableau, les prix sont 5 % plus élevés en moyenne lorsque deux concurrents sont présents au lieu de 3. Or la concentration résulte précisément en la suppression d'un opérateur. Sur certaines origines-destinations, elle s'apparente à la situation observée entre les paires A-B et A-C, car TNT n'est présente que sur la seconde. De manière similaire, le passage de 4 à 3 opérateurs s'accompagne également d'une hausse des prix.

En pratique, l'analyse menée est plus complexe car le prix payé pour l'envoi d'un colis dépend d'une série de paramètres : son poids, la distance parcourue, la taille du marché, du client et le nombre de concurrents. L'intérêt de l'analyse économétrique réside dans sa capacité à prendre en compte l'impact de ces différents paramètres pour quantifier l'effet d'une variation du nombre de concurrents. Elle permet ainsi d'estimer l'impact de la concentration avant même que celle-ci n'ait eu lieu.

La Commission a réalisé cet exercice à partir des données des parties en exploitant plus d'un million de relevés de prix⁽³⁾. Cette analyse a démontré que les prix étaient plus élevés sur les paires origine-destination caractérisées par un nombre plus faible de concurrents.

Cette première étape d'estimation de l'impact du nombre de concurrents sur les prix a été suivie par une étape de prévision des effets de la concentration. En examinant chaque origine-destination et en lui appliquant l'effet estimé, il est possible de prédire le niveau de prix suite à la concentration. En reprenant l'exemple du tableau précédent, on obtiendrait ainsi :

	A-B	A-C	C-D
Entreprises présentes	UPS-DHL	UPS-TNT-DHL	UPS-TNT-FedEx-DHL
Nombre de concurrents	2	3	4
Nombre de concurrents post concentration	2	2	3
Prix moyen	105	100	95
Prévision du prix post concentration	105	105	100

Ainsi, la paire A-C passerait de trois à deux concurrents suite au rachat de TNT. Or les paires avec deux concurrents sont, dans cet exemple simplifié, caractérisées par un prix de 105, ce qui permet de prédire le prix sur la paire A-C après la concentration.

La répétition de cet exercice par la Commission à l'ensemble des origines-destinations a démontré qu'une réduction du nombre de concurrents s'accompagnerait d'une hausse de prix, même lorsque DHL, principal concurrent des parties et leader du secteur, était présent. L'analyse des parties aboutissait à des hausses de prix moindre mais ne remettait en cause ni l'approche adoptée ni la conclusion d'une hausse de prix engendrée par la concentration.

Cette première conclusion défavorable a déplacé le débat entre les économistes des parties et de la Commission sur l'ampleur des gains d'efficacité et sur leur capacité à contrebalancer la hausse des prix. En effet, une entreprise confrontée à une baisse de ses coûts est incitée à baisser ses prix afin d'accroître son volume de ventes. Cette baisse dépend de la nature des coûts affectés et de la structure du marché qui incite plus ou moins à transmettre aux consommateurs les économies réalisées. Dans le cas d'une concentration, des gains d'efficacité suffisamment importants sont potentiellement de nature à neutraliser les effets unilatéraux.

La quantification de cet effet reste cependant délicate, car elle impose d'identifier de manière précise les baisses de coûts spécifiquement engendrées par la concentration, à s'assurer qu'elles bénéficieront aux consommateurs et qu'elles sont de nature à contrebalancer les effets unilatéraux. La Commission a réalisé, sur la base de son analyse économétrique et des gains d'efficacité identifiés par les parties, une estimation des hausses de prix corrigées des gains d'efficacité. Elle en a conclu que dans 10 pays de l'Espace économique européen, ces gains étaient de nature à contrebalancer les hausses de prix. Cependant dans 15 autres pays, les gains n'étaient pas suffisamment

(3) Déc. Comm. UE, 30 janv. 2013, aff. COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, pt. 725.

importants pour remettre en cause la conclusion initiale d'une hausse des prix. Plus particulièrement, les prix dans 8 de ces 15 pays augmenteraient probablement de manière significative si le rachat était autorisé.

Cette conclusion, complétée par une analyse plus qualitative du marché, a conduit la Commission à interdire le projet d'acquisition.

Pourquoi l'annulation ?

Quatre ans après cette interdiction, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de la Commission en indiquant que « la Commission s'est appuyée sur deux variables différentes entre, d'une part, le stade de l'estimation statistique des effets de la perte d'un concurrent sur les prix et, d'autre part, le stade de la prévision de l'analyse des effets de l'opération sur les prix. Ainsi, la Commission s'est appuyée sur une variable discrétisée au stade de l'estimation et sur une variable continue au stade de la prévision. Or, si l'utilisation d'une variable discrétisée a fait l'objet de discussions itératives pendant la procédure administrative, il ne ressort pas du dossier que tel serait également le cas de l'application de variables différentes aux différents stades qui composent l'analyse économétrique »⁽⁴⁾.

Le point soulevé par le Tribunal est résolument technique. Il fait la distinction entre une variable discrète qui par définition ne peut prendre qu'un nombre fini de valeurs dans un intervalle donné (par exemple, le nombre de concurrents ne peut prendre que des valeurs entières : 1, 2, 3, etc., sans dépasser le nombre maximum d'entreprises présentes sur le marché), et une variable continue qui peut prendre un nombre infini et non prédéterminé de valeurs (par exemple, un prix ou la part de marché des concurrents).

D'après le Tribunal, la Commission a utilisé une variable discrète lors de l'estimation, c'est-à-dire pour quantifier l'impact du nombre de concurrents sur les prix. Lors de la seconde étape de prévision, telle qu'illustrée précédemment, une variable continue a été utilisée, ce qui modifie le modèle économétrique. Or l'utilisation de deux variables de natures différentes pour chaque étape n'a pas, d'après le Tribunal, fait l'objet de discussions, méconnaissant ainsi les droits de la défense d'UPS.

Le changement de nature de variable entre les étapes d'estimation et de prévision n'est pas qu'anecdotique. En effet, chaque hypothèse de modélisation correspond à une conception du fonctionnement du marché et peut, potentiellement, entraîner des résultats différents. Il s'agit dans ce cas de débattre des justifications de chaque hypothèse

afin d'identifier la plus appropriée. En outre, la vérification des travaux économétriques respectifs permet à chacun de s'assurer de l'absence d'erreurs au sein d'analyses parfois complexes et réalisées dans des délais serrés.

Cet exercice est d'autant plus important que l'analyse économétrique a largement dirigé les conclusions de la Commission. Comme le rappelle le Tribunal, le nombre d'États affecté par une hausse de prix dans le cas d'une concentration a bien été déterminé par cette analyse et le débat a permis d'en modifier radicalement les conclusions : à partir d'un modèle initial de la Commission évaluant à 29 le nombre d'États affectés, la requérante a proposé des améliorations du modèle ayant abouti à retenir 15 États affectés⁽⁵⁾.

Les leçons de l'annulation

Il s'agit de ne pas se tromper quant à la portée de l'annulation de la décision de la Commission par le Tribunal de l'Union européenne. Une interprétation erronée consisterait à rejeter l'analyse économétrique du fait de sa complexité et de son manque de prédictibilité.

Au contraire, la modélisation économétrique d'UPS, reprise et modifiée par la Commission et ayant fait l'objet d'échanges nourris, a permis de débattre de manière ouverte des effets attendus du projet d'acquisition. Elle a aussi permis, en quantifiant explicitement les hausses de prix et les gains d'efficacité, de calculer de manière précise l'effet net de la concentration pour les consommateurs. Cet exercice n'aurait pas été possible sans l'application de telles méthodes. Elle a ainsi constitué un outil contribuant significativement à l'appréciation des effets pro et anticoncurrentiels du rapprochement entre UPS et TNT, ce qui était le rôle de la Commission. Abandonner cet outil constituerait un recul injustifié.

En outre, l'arrêt rendu par le Tribunal contredit un tel rejet de l'économétrie. Le Tribunal démontre non seulement qu'il est à même de discuter et d'apprécier l'importance de différences techniques entre les modèles économétriques, mais aussi que ces analyses, du fait de leur importance dans le processus de décision de la Commission, ont le même statut que les autres preuves ; elles doivent à ce titre être partagées, communiquées et discutées de manière transparente. La Commission ne saurait modifier une analyse économétrique, sans en prévenir les parties à la concentration, au risque de voir sa décision annulée. Le Tribunal vient simplement rappeler ce principe de base et justifie ainsi la place de l'économétrie, et de manière plus générale de l'analyse économique, dans le droit des concentrations. ■

(4) Arrêt sous commentaire, pts. 206 à 208.

(5) Arrêt sous commentaire, pts. 212-213.