

COMPETITION COMMITTEE



Market Definition

Series Roundtables on
Competition Policy

N° 130

Unclassified

DAF/COMP(2012)19

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

11-Oct-2012

English, French

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

MARKET DEFINITION

JT03328426

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.



DAF/COMP(2012)19
Unclassified

English, French

FOREWORD

This document comprises proceedings in the original languages of a Roundtable on Market Definition held by the Competition Committee in June 2012.

It is published under the responsibility of the Secretary General of the OECD to bring information on this topic to the attention of a wider audience.

This compilation is one of a series of publications entitled "Competition Policy Roundtables".

PRÉFACE

Ce document rassemble la documentation dans la langue d'origine dans laquelle elle a été soumise, relative à une table ronde sur la définition marché pertinent qui s'est tenue en juin 2012 dans le cadre du Comité de la concurrence.

Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE, afin de porter à la connaissance d'un large public les éléments d'information qui ont été réunis à cette occasion.

Cette compilation fait partie de la série intitulée "Les tables rondes sur la politique de la concurrence".

Visit our Internet Site -- Consultez notre site Internet

<http://www.oecd.org/competition>

OTHER TITLES**SERIES ROUNDTABLES ON COMPETITION POLICY**

1	Competition Policy and Environment	OCDE/GD(96)22
2	Failing Firm Defence	OCDE/GD(96)23
3	Competition Policy and Film Distribution	OCDE/GD(96)60
4	Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements	OCDE/GD(96)65
5	The Essential Facilities Concept	OCDE/GD(96)113
6	Competition in Telecommunications	OCDE/GD(96)114
7	The Reform of International Satellite Organisations	OCDE/GD(96)123
8	Abuse of Dominance and Monopolisation	OCDE/GD(96)131
9	Application of Competition Policy to High Tech Markets	OCDE/GD(97)44
10	General Cartel Bans: Criteria for Exemption for Small and Medium-sized Enterprises	OCDE/GD(97)53
11	Competition Issues related to Sports	OCDE/GD(97)128
12	Application of Competition Policy to the Electricity Sector	OCDE/GD(97)132
13	Judicial Enforcement of Competition Law	OCDE/GD(97)200
14	Resale Price Maintenance	OCDE/GD(97)229
15	Railways: Structure, Regulation and Competition Policy	DAFFE/CLP(98)1
16	Competition Policy and International Airport Services	DAFFE/CLP(98)3
17	Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks	DAFFE/CLP(98)16
18	Competition Policy and Intellectual Property Rights	DAFFE/CLP(98)18
19	Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry	DAFFE/CLP(98)20
20	Competition Policy and Procurement Markets	DAFFE/CLP(99)3
21	Competition and Regulation in Broadcasting in the Light of Convergence	DAFFE/CLP(99)1
22	Relations between Regulators and Competition Authorities	DAFFE/CLP(99)8
23	Buying Power of Multiproduct Retailers	DAFFE/CLP(99)21
24	Promoting Competition in Postal Services	DAFFE/CLP(99)22
25	Oligopoly	DAFFE/CLP(99)25
26	Airline Mergers and Alliances	DAFFE/CLP(2000)1
27	Competition in Professional Services	DAFFE/CLP(2000)2

28	Competition in Local Services: Solid Waste Management	DAFFE/CLP(2000)13
29	Mergers in Financial Services	DAFFE/CLP(2000)17
30	Promoting Competition in the Natural Gas Industry	DAFFE/CLP(2000)18
31	Competition Issues in Electronic Commerce	DAFFE/CLP(2000)32
32	Competition in the Pharmaceutical Industry	DAFFE/CLP(2000)29
33	Competition Issues in Joint Ventures	DAFFE/CLP(2000)33
34	Competition Issues in Road Transport	DAFFE/CLP(2001)10
35	Price Transparency	DAFFE/CLP(2001)22
36	Competition Policy in Subsidies and State Aid	DAFFE/CLP(2001)24
37	Portfolio Effects in Conglomerate Mergers	DAFFE/COMP(2002)5
38	Competition and Regulation Issues in Telecommunications	DAFFE/COMP(2002)6
39	Merger Review in Emerging High Innovation Markets	DAFFE/COMP(2002)20
40	Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates	DAFFE/COMP(2002)21
41	Communication by Competition Authorities	DAFFE/COMP(2003)4
42	Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers	DAFFE/COMP(2003)5
43	Competition Issues in the Electricity Sector	DAFFE/COMP(2003)14
44	Media Mergers	DAFFE/COMP(2003)16
45	Universal Service Obligations	DAF/COMP(2010)13
46	Competition and Regulation in the Water Sector	DAFFE/COMP(2004)20
47	Regulating Market Activities by Public Sector	DAF/COMP(2004)36
48	Merger Remedies	DAF/COMP(2004)21
49	Cartels: Sanctions Against Individuals	DAF/COMP(2004)39
50	Intellectual Property Rights	DAF/COMP(2004)24
51	Predatory Foreclosure	DAF/COMP(2005)14
52	Competition and Regulation in Agriculture: Monopsony Buying and Joint Selling	DAF/COMP(2005)44
53	Enhancing Beneficial Competition in the Health Professions	DAF/COMP(2005)45
54	Evaluation of the Actions and Resources of Competition Authorities	DAF/COMP(2005)30
55	Structural Reform in the Rail Industry	DAF/COMP(2005)46
56	Competition on the Merits	DAF/COMP(2005)27
57	Resale Below Cost Laws and Regulations	DAF/COMP(2005)43
58	Barriers to Entry	DAF/COMP(2005)42
59	Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement	DAF/COMP/GF(2006)7
60	The Impact of Substitute Services on Regulation	DAF/COMP(2006)18
61	Competition in the Provision of Hospital Services	DAF/COMP(2006)20

62	Access to Key Transport Facilities	DAF/COMP(2006)29
63	Environmental Regulation and Competition	DAF/COMP(2006)30
64	Concessions	DAF/COMP/GF(2006)6
65	Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases	DAF/COMP(2006)19
66	Competition in Bidding Markets	DAF/COMP(2006)31
67	Competition and Efficient Usage of Payment Cards	DAF/COMP(2006)32
68	Vertical Mergers	DAF/COMP(2007)21
69	Competition and Regulation in Retail Banking	DAF/COMP(2006)33
70	Improving Competition in Real Estate Transactions	DAF/COMP(2007)36
71	Public Procurement - The Role of Competition Authorities in Promoting Competition	DAF/COMP(2007)34
72	Competition, Patents and Innovation	DAF/COMP(2007)40
73	Private Remedies	DAF/COMP(2006)34
74	Energy Security and Competition Policy	DAF/COMP(2007)35
75	Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases	DAF/COMP(2007)38
76	Competitive Restrictions in Legal Professions	DAF/COMP(2007)39
77	Dynamic Efficiencies in Merger Analysis	DAF/COMP(2007)41
78	Guidance to Business on Monopolisation and Abuse of Dominance	DAF/COMP(2007)43
79	The Interface between Competition and Consumer Policies	DAF/COMP/GF(2008)10
80	Facilitating Practices in Oligopolies	DAF/COMP(2008)24
81	Taxi Services Regulation and Competition	DAF/COMP(2007)42
82	Techniques and Evidentiary Issues in Proving Dominance/Monopoly Power	DAF/COMP(2006)35
83	Managing Complex Mergers	DAF/COMP(2007)44
84	Potential Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations	DAF/COMP(2007)45
85	Market Studies	DAF/COMP(2008)34
86	Land Use Restrictions as Barriers to Entry	DAF/COMP(2008)25
87	Construction Industry	DAF/COMP(2008)36
88	Antitrust Issues Involving Minority Shareholdings and Interlocking Directorates	DAF/COMP(2008)30
89	Fidelity and Bundled Rebates and Discounts	DAF/COMP(2008)29
90	Presenting Complex Economic Theories to Judges	DAF/COMP(2008)31
91	Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing	DAF/COMP(2008)35
92	Competition and Financial Markets	DAF/COMP(2009)11
93	Refusals to Deal	DAF/COMP(2007)46

94	Resale Price Maintenance	DAF/COMP(2008)37
95	Experience with Direct Settlements in Cartel Cases	DAF/COMP(2008)32
96	Competition Policy, Industrial Policy and National Champions	DAF/COMP/GF(2009)9
97	Two-Sided Markets	DAF/COMP(2009)20
98	Monopsony and Buyer Power	DAF/COMP(2008)38
99	Competition and Regulation in Auditing and Related Professions	DAF/COMP(2009)19
100	Competition Policy and the Informal Economy	DAF/COMP/GF(2009)10
101	Competition, Patents and Innovation II	DAF/COMP(2009)22
102	Standard for Merger Review	DAF/COMP(2009)21
103	Failing Firm Defence	DAF/COMP(2009)38
104	Competition, Concentration and Stability in the Banking Sector	DAF/COMP(2010)9
105	Margin Squeeze	DAF/COMP(2009)36
106	State-Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality	DAF/COMP(2009)37
107	Generic Pharmaceuticals	DAF/COMP(2009)39
108	Collusion and Corruption in Public Procurement	DAF/COMP/GF(2010)6
109	Electricity: Renewables and Smart Grids	DAF/COMP(2010)10
110	Exit Strategies	DAF/COMP(2010)32
111	Standard Setting	DAF/COMP(2010)33
112	Competition, State Aids and Subsidies	DAF/COMP/GF(2010)5
113	Emission Permits and Competition	DAF/COMP(2010)35
114	Pro-active Policies for Green Growth and the Market Economy	DAF/COMP(2010)34
115	Information Exchanges between Competitors under Competition Law	DAF/COMP(2010)37
116	The Regulated Conduct Defence	DAF/COMP(2011)3
117	Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings	DAF/COMP(2010)11
118	Competition in Ports and Port Services	DAF/COMP(2011)14
119	Crisis Cartels	DAF/COMP/GF(2011)11
120	Horizontal Agreements in the Environmental Context	DAF/COMP(2010)39
121	Excessive Prices	DAF/COMP(2011)18
122	Cross-border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies	DAF/COMP/GF(2011)13
123	Competition in Hospital Services	DAF/COMP(2012)9
124	Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments	DAF/COMP(2011)122
125	Remedies in Merger Cases	DAF/COMP(2011)13

126	Economic Evidence in Merger Analysis	DAF/COMP(2011)23
127	Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects	DAF/COMP(2012)17
128	Promoting Compliance with Competition Law	DAF/COMP(2011)20
129	Impact Evaluation of Merger Decisions	DAF/COMP(2011)24

TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY	11
SYNTHÈSE	15
BACKGROUND NOTE.....	21
NOTE DE RÉFÉRENCE.....	105
 CONTRIBUTIONS	
Australia.....	197
Chile.....	207
Finland.....	213
France (version française).....	219
France (English version).....	231
Germany.....	241
Hungary	247
Ireland.....	251
Israel.....	255
Japan	259
Korea.....	265
Mexico	273
Norway.....	279
Poland	285
Spain	289
Sweden.....	297
Switzerland	301
Turkey.....	307
United Kingdom.....	313
United States	321
European Union	333
 and	
Bulgaria.....	341
Colombia.....	345
Indonesia.....	347
Latvia	351
Malta	355
Peru	361
Romania	363
Russian Federation.....	373
South Africa.....	377
Chinese Taipei	385
Ukraine.....	391
BIAC.....	395

OTHER

Nils Wahl	407
SUMMARY OF DISCUSSION	411
COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION	425

EXECUTIVE SUMMARY

By the Secretariat

Considering the discussion at the roundtable, the background note as well as the delegates' and panellists' written submissions, several key points emerge:

- (1) *Market Definition is one of the most important analytical tools to examine and evaluate the competitive constraints that a firm faces and the impact of its behaviour on competition.*

Market definition is a widely applied analytical framework to examine and to evaluate competitive concerns. The relevant market should be defined in a way such that the competitive constraints a firm faces, *i.e.* demand and supply side substitution, are captured as accurately as possible. The relevant market is usually defined by applying the hypothetical monopolist test (also known as the SSNIP test), according to which a 'market' comprises all the products and regions for which a hypothetical profit maximising monopolist would impose a Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

Market definition serves several purposes in identifying the scope of competition in a market. The main goal of market definition is to assess the existence, creation or strengthening of market power, which is defined as the ability of the firm to keep the price above the long-run competitive level. The market shares of the respective firms provide an indication of market power. Market definition also facilitates the identification of relevant competitors and is useful in evaluating the risk of potential co-ordinated effects in mergers. In addition, identifying the area of competition allows other relevant competition issues to be examined, such as potential barriers to entry. Even when the necessary data to perform the hypothetical monopolist test are not available, this test provides a coherent conceptual framework to define the relevant market. The importance of market definition also extends beyond its role in analysing competition concerns: the concept is used as a basis for calculating fines, for estimating the effects on trade between EU member states and has served as a procedural model for other areas of law.

- (2) *However, market definition is a complex task and there is broad agreement that in some cases its appropriateness can be called into question. The main concerns relate to the limited value of even accurately calculated market shares and concentration measures in specific kinds of markets.*

In several types of markets, market shares and concentration measures might over- or underestimate the market power of firms and the potential competition effects, as described in the background paper. In differentiated product markets, for instance, the intensity of competition and substitution between products is a more important indicator of market power than market shares in assessing the effects of a merger. Similarly, in bidding or auction markets, the closeness of competition between bidders tends to be a more informative concept in merger cases. Third, market definition is difficult to apply in two-sided markets, which involve platforms serving distinct groups of consumers in the presence of indirect network effects. Finally, for industries exhibiting rapid innovation, the boundaries of any defined market can be unstable and market shares may therefore change rapidly over time.

In cases of monopolisation or abuse of dominance, current market shares may not be a reliable indicator of market power if the firm has already increased prices significantly above the competitive level. In such retrospective cases of abuse of dominance, market definition is problematic as an unobservable counterfactual price has to be used in the market definition. If current prices are used instead, the market will be defined in overly broad terms, thus failing to identify situations where firms are able to exercise market power. This is known as the “cellophane fallacy”.

- (3) *In reaction to these specific drawbacks of market definition, new instruments have been developed. Pricing pressure indices and other tools have been suggested for an initial assessment of mergers. For monopolisation or abuse of dominance cases, evidence relating to the direct effects of anticompetitive practices or other conclusive evidence of abuse has also been proposed.*

Pricing pressure indices have recently been developed as a first screen in merger analysis, particularly in cases involving differentiated product markets, but by construction, they do not predict the magnitude of competitive effects. The Upward Pricing Pressure (UPP) index focuses on the incentives of a merged firm to increase prices post-merger, and is calculated using the diversion ratio and the profit-margin pre-merger. The UPP also takes into account efficiencies generated by the merger that reduce the incentives to increase prices by employing a standard deduction. The UPP, however, does not provide an estimate of the efficiencies or the magnitude of price increases. The Gross Upward Price Pressure Index (GUPPI) is similar to the UPP but does not take any efficiencies into account. Pricing pressure indices can be combined with a demand function to quantify the magnitude of price increases post-merger, but the results are highly sensitive to the form of the demand function selected and may not be robust. The Compensating Marginal Cost Reductions (CMCRs) approach has been suggested to avoid the need to specify the curvature of the demand curve, focusing instead on the estimation of the required efficiencies by computing the reductions in marginal cost necessary to maintain pre-merger price levels. However, the CMCR is designed for markets with price competition and the calculation of efficiencies is limited to analysing reductions in marginal cost.

Other caveats of pricing pressure indices include the lack of consideration of potential supply-side dynamics and issues regarding the measurement of diversion ratios and margins. For example, the submissions of France and Korea illustrate the difficulties of collecting robust and accurate information on diversion ratios under the constraints in which competition authorities operate. Nonetheless, the limited empirical literature available indicates that pricing pressure indices perform reasonably well.

In addition to pricing pressure indices, other instruments can be employed in particular competitive circumstances. Simplified versions of merger simulation models can be used as a first screen, while full models have not frequently been used due to the substantial data requirements and complexity involved. Another approach recently developed consists of isolating the common demand and cost factors between prices of two products that are potential substitutes and then examining the residuals.

In cases of monopolisation and abuse of dominance, instead of establishing dominance by looking at market share thresholds, it has been suggested to bypass the definition of the relevant market and establish dominance by considering the direct effects of the impugned conduct. While new tools have been designed to address the drawbacks of market definition for very specific markets and situations, there are many markets, for example markets with quantity competition, where market shares remain the best available indicator. If applied to cases they were not designed for, the new tools may produce unreliable and possibly even wrong results.

- (4) *The feasibility of introducing new tools and the time required to do so varies across jurisdictions and depends both on the position of a specific law in the hierarchy of sources and the type of enforcement system. Market definition is a well-established concept that provides legal certainty; in contrast, new tools may improve accuracy at the expense of legal certainty.*

Embracing additional or alternative instruments may be more challenging in jurisdictions where the concept of market definition is deeply embedded into competition laws, as moving away from market definition requires amendment or removal of pieces of legislation, in contrast with jurisdictions that place greater emphasis on market power. In the former case, the notion of ‘relevant market’ may be articulated in hard law instruments, including primary sources of law as well as provisions and regulations accompanying competition laws, which may provide a definition, set out a procedure for its application or refer to this concept. In Germany and Mexico for example, market definition is a legal prerequisite, whereas in Chile the law neither establishes a requirement for market definition nor specifies a methodology for its application.

Even in the absence of a legal requirement, the judiciary may establish an obligation to define the relevant market in case law. For example, where jurisprudence requires proof of a dominant position before the analysis of anticompetitive practices, direct evidence on harm may not be a sufficient alternative to market definition. Departing from case law may be difficult and also depends on the type of enforcement system. In common law jurisdictions, the possibility of setting new precedents may be greater than in civil law systems, which rely on the interpretation of the law. The extent of judicial review also matters, as typically competition authorities lead the way in the introduction of new instruments, but competition authority practice may not be binding and there may be divergent views between the competition authority and the judiciary. The judiciary may be more receptive if requirements for judicial review of market definition are limited, as in the case of the European Union, where review is limited to the existence of a manifest error.

The legal consequence of moving away from market definition may be increased uncertainty regarding the standards that will govern the assessment of competitive concerns and its outcomes. Market definition is a widely accepted approach used in nearly all jurisdictions and has been applied extensively over a substantial period of time. The fact that market definition is independent of the case, as long as the market does not change substantially, may allow market players to conduct a more accurate self-assessment as market definition has a precedence value. In contrast, more recently developed instruments are case specific and may not yet be sufficiently mature and empirically robust to support firm legal doctrines, although the same criticism was evoked when market definition was introduced. The existence of multiple methods allows competition authorities to choose the most appropriate instrument for a particular case, but this discretion is also a source of uncertainty, particularly when different methods can lead to conflicting results.

- (5) *An increasing number of jurisdictions are reconsidering the role of market definition and embracing new approaches to overcome its limitations in particular cases. Some jurisdictions have emphasised that market definition is not an end in itself, does not need to be a first step in any competition analysis nor has to be employed in all cases. Rather than abandoning market definition, most jurisdictions complement it with additional approaches.*

There are divergent views among competition law jurisdictions regarding the role of market definition in those cases where the concept has come under attack. While it is generally considered a useful approach in all jurisdictions, a majority of authorities increasingly downplay the role of market definition and consider new approaches in those instances where market

definition has been found problematic. In this context, the submission from BIAC emphasises the need for coherence in international practices to reduce the risk of discrepancies in the assessment of international mergers and other cross-border business transactions.

In some jurisdictions, competition authorities have already applied new instruments to complement or replace market definition. The 2010 US Horizontal Merger Guidelines state that market definition is only one of many available tools to assess harm, adopt more sophisticated economic tools that do not rely on market definition for certain competitive dynamics, and outline that the analysis of competitive effects need not begin with market definition. Furthermore, these revised guidelines allow the use of direct evidence of anticompetitive practices and detail the types of evidence accepted. In the United Kingdom, the revised merger assessment guidelines also reflect the shift from defining the relevant market to analysing the intensity of competition. The application of new techniques in both the United Kingdom and the United States has led to a mixed picture with some cases raising concerns under the new tools that otherwise would have not been found problematic and vice versa. A number of other competition authorities are also increasingly considering new approaches, such as in Ireland, where merger guidelines are currently undergoing review. In all jurisdictions, regardless of the specific tools of analysis, several other relevant aspects such as time horizon or barriers to entry and expansion are considered in the analysis of competitive effects.

Generally, competition authorities tend to embrace new instruments to complement rather than to replace market definition. This complementarity may be reinforced where the methodology and data requirements of new instruments are similar to those involved in market definition, as may be the case of pricing pressure indices. However, clarity in the procedures and technical choices undertaken by competition authorities remain a challenge. In addition, more research is needed to refine the new instruments in order to improve their reliability and robustness as well as to assess their performance in comparison to market definition. Embracing new instruments effectively may also require skills and resources that are not currently at the disposal of competition authorities and practitioners. As a means of addressing this issue, the competition authority in Norway for example collaborates with a university to develop expertise in applying new tools appropriately and created an internal group to share knowledge about these new methods.

Judicial authorities are also increasingly aware of the limitations of market definition. In the rulings of the Court of Justice of the European Union, for example, a shift towards a less formalistic approach has been observed since the beginning of the 1990s. Market definition is considered of “essential significance” in abuse of dominance cases, but may be dispensed with in cases of restrictive practices. In the United States, courts have employed evidence of direct harm occasionally in assessing collaboration among competitors, while it has not been extensively used to examine unilateral exclusionary conduct and no merger has been blocked without providing a definition of the relevant market.

SYNTHÈSE

Par le Secrétariat

L'examen des débats de la table ronde, de la note de référence et des contributions écrites des délégués et des experts, permet de dégager plusieurs grands axes de réflexion :

- (1) *La définition du marché pertinent est l'un des outils d'analyse les plus importants pour l'examen et l'évaluation des contraintes concurrentielles à laquelle une entreprise est confrontée et des effets de son comportement sur la concurrence.*

La définition du marché pertinent est un cadre d'analyse couramment utilisé pour examiner et évaluer les problèmes de concurrence. Le marché pertinent doit être défini de telle sorte que les contraintes concurrentielles à laquelle une entreprise est confrontée (c'est-à-dire la substitution du côté de l'offre et de la demande) soient prises en compte le plus précisément possible. On utilise généralement pour ce faire le test du monopoleur hypothétique (également appelé test SSNIP) selon lequel un « marché » désigne les produits et les régions pour lesquels un monopoleur hypothétique imposerait une augmentation légère mais significative et non provisoire de ses prix (SSNIP).

La définition du marché répond à plusieurs objectifs en identifiant le périmètre de concurrence d'un marché. Il s'agit avant tout d'évaluer l'existence, l'émergence ou le renforcement du pouvoir de marché d'une entreprise, à savoir sa capacité à maintenir ses prix au-dessus du niveau concurrentiel observé sur une longue période. La part de marché d'une entreprise fournit en outre une indication de son pouvoir de marché. La définition du marché facilite l'identification des concurrents concernés et s'avère utile pour évaluer le risque d'effets coordonnés éventuels induits par les fusions. De plus, la délimitation du périmètre de la concurrence permet d'examiner d'autres problèmes de concurrence à examiner comme la présence éventuelle de barrières à l'entrée. Même lorsque l'on ne dispose pas des données nécessaires pour effectuer le test du monopoleur hypothétique, ce test fournit un cadre conceptuel cohérent pour délimiter le marché pertinent. L'importance de la définition du marché va au-delà de l'analyse des questions de concurrence : cette notion sert de base au calcul des sanctions pécuniaires, à l'évaluation des effets sur les échanges entre États membres de l'UE et a servi de modèle de procédure dans d'autres branches du droit.

- (2) *Pour autant, la définition du marché pertinent est un exercice complexe, et il est généralement admis que, dans certains cas, son intérêt est discutable. Les principales préoccupations portent sur l'intérêt limité que peut avoir le fait de calculer, même avec une grande précision, les parts de marché et le degré de concentration de certains types de marchés spécifiques.*

Sur certains types de marchés, les parts de marché ou le degré de concentration peut conduire à sous- ou à surestimer le pouvoir de marché d'une entreprise et les effets potentiels sur la concurrence, comme on l'a vu dans le document de référence. Sur les marchés de produits différenciés, par exemple, l'intensité de la concurrence et de la substitution des produits est un meilleur indicateur du pouvoir de marché que les parts de marché pour évaluer les effets d'une opération de fusion. De même, sur les marchés d'appels d'offres ou d'enchères, la proximité des

soumissionnaires donne généralement une idée plus précise de la situation dans les affaires de fusion. Troisièmement, la définition du marché est difficile à appliquer dans le cas des marchés bifaces, sur lesquels des plateformes desservent des catégories de consommateurs distinctes entre lesquels il existe des effets de réseau indirects. Enfin, dans les secteurs à innovation rapide, les contours du marché pertinent peuvent être changeants et les parts de marché amenées à évoluer rapidement sur la durée.

Dans les affaires de monopolisation ou d'abus de position dominante, les parts de marché calculées à un instant donné ne seront pas un bon indicateur du pouvoir de marché si l'entreprise a déjà augmenté ses prix de façon significative au-delà du niveau concurrentiel. Dans les évaluations rétrospectives d'abus de position dominante, la définition du marché présente une difficulté puisqu'elle doit s'appuyer sur un prix fictif, non observable sur le marché. Si l'on utilise à la place les prix en vigueur au moment de l'analyse, on aboutit à une définition trop large du marché, ce qui ne permettra pas de recenser les situations où les entreprises sont en mesure d'exercer un pouvoir de marché. Ce problème est connu sous le nom de « sophisme de la cellophane ».

- (3) *Pour éviter les inconvénients inhérents à la définition du marché, de nouveaux instruments ont été mis au point. Il a été proposé d'utiliser des indicateurs de pression sur les prix, entre autres outils, en vue de procéder à l'évaluation initiale des fusions. Pour les affaires de monopolisation ou d'abus de position dominante, il a été également proposé d'utiliser les preuves des effets directs des pratiques anticoncurrentielles ou d'autres preuves de pratiques abusives.*

Les indicateurs de pression sur les prix ont été récemment mis au point afin de constituer un premier filtre pour l'analyse des fusions, notamment lorsque cette dernière intervient sur des marchés de produits différenciés. Toutefois, par leur construction, ils ne permettent pas de prévoir l'ampleur des effets d'une fusion sur la concurrence. L'indicateur de pression à la hausse sur les prix (UPP) sert à évaluer dans quelle mesure une entreprise partie à une fusion est incitée à augmenter ses prix à la suite de cette opération et se calcule à partir de deux variables : le ratio de diversion et la marge bénéficiaire avant la fusion. L'UPP tient également compte, à l'aide d'une déduction standard, des gains d'efficacité résultant de la fusion, qui réduisent les incitations à augmenter les prix. Pour autant, il ne permet pas d'estimer l'ampleur des gains d'efficacité ou l'augmentation des prix. L'indice brut de pression à la hausse sur les prix (GUPPI) est similaire à l'UPP, mais ne prend pas en compte les gains d'efficacité. Ces indices peuvent être combinés à une fonction de demande pour chiffrer l'ampleur des augmentations de prix consécutives à la fusion, mais cette solution peut donner des résultats insuffisamment robustes car très influencés par la forme de la fonction de demande choisie. Une autre approche, dite des réductions compensatoires du coût marginal (*Compensating Marginal Cost Reductions* ou CMCR) a été proposée pour éviter d'avoir à préciser la courbure de la courbe de la demande et permet avant tout d'estimer les gains d'efficacité requis en calculant les réductions compensatoires du coût marginal nécessaires pour maintenir les prix à leur niveau antérieur à la fusion. Toutefois, cette méthodologie est conçue pour les marchés sur lesquels s'exerce une concurrence par les prix et le calcul des gains d'efficacité se limite à analyser les réductions du coût marginal.

L'absence de prise en compte d'une dynamique éventuelle du côté de l'offre et les problèmes de calcul des ratios de diversion et des marges figurent parmi les réserves émises à l'encontre des indicateurs de pression sur les prix. Ainsi, les contributions de la Corée et de la France mentionnent qu'il est difficile de collecter des informations robustes et précises sur les ratios de diversion compte tenu des contraintes qui pèsent sur l'activité des autorités de la concurrence. Il

n'en reste pas moins que, selon les rares études économétriques disponibles, les indices de pression sur les prix donnent des résultats raisonnablement satisfaisants.

Outre ces indicateurs, on peut recourir à d'autres instruments en présence de situations concurrentielles spécifiques. Des versions simplifiées des modèles de simulation des fusions peuvent être utilisées comme premier filtre, sachant que les modèles complets sont peu utilisés du fait de leur complexité et de la grande quantité de données qu'ils requièrent. Une autre approche mise au point récemment consiste à isoler les facteurs de demande et de coûts communs entre les prix de deux produits potentiellement substituables et à examiner les résidus.

Dans les affaires de monopolisation et d'abus de position dominante, au lieu d'établir la position dominante en examinant les seuils de part de marché, l'idée a été émise de sauter l'étape de la définition du marché et d'établir la position dominante en examinant les effets directs de la pratique contestée. De nouveaux outils ont été conçus pour pallier les carences de la définition du marché pour des marchés et des situations très spécifiques, mais il reste de nombreux marchés, par exemple ceux sur lesquels la concurrence est fondée sur la quantité, pour lesquels la part de marché reste le meilleur indicateur possible. Appliqués à des affaires pour lesquelles ils n'ont pas été conçus, ces nouveaux outils peuvent donner des résultats peu fiables, voire erronés.

- (4) *La possibilité d'adopter de nouveaux outils et le temps nécessaire pour ce faire varient selon les pays et dépendent à la fois de la position d'une loi donnée dans la hiérarchie des sources et du type de régime d'application du droit. La définition du marché est une notion bien établie qui apporte une certitude juridique ; les nouveaux outils, en revanche, peuvent améliorer la précision au détriment de la certitude juridique.*

Les pays où la définition du marché est fortement ancrée dans le droit de la concurrence peuvent avoir plus de mal que ceux mettant davantage l'accent sur le pouvoir de marché à adopter des instruments supplémentaires ou nouveaux car l'abandon de cette technique les obligerait à modifier ou à supprimer certaines dispositions législatives. Dans ces pays, en effet, la notion de « marché pertinent » peut être définie dans des instruments législatifs contraignants, notamment dans les sources primaires du droit, ou encore dans des dispositions et des réglementations complétant le droit de la concurrence, qui peuvent donner une définition du marché, définir une procédure pour son application ou y faire référence. En Allemagne et au Mexique, par exemple, la définition du marché pertinent est une condition préalable imposée par la loi, alors qu'au Chili, le droit n'impose pas cette obligation, pas plus qu'il ne prévoit de méthodologie pour son application.

Même en l'absence d'obligation légale, le pouvoir judiciaire peut imposer, par la jurisprudence, de délimiter le marché pertinent. Ainsi, lorsque la jurisprudence requiert d'apporter la preuve de la position dominante avant d'analyser les pratiques anticoncurrentielles, établir la preuve directe du préjudice causé peut ne pas être une solution de rechange à la définition du marché. S'éloigner de la jurisprudence peut s'avérer difficile, notamment en fonction du type de régime d'application du droit en vigueur. Dans les pays de *common law*, il est davantage possible de créer de nouvelles jurisprudences que dans les régimes de droit civil, qui reposent sur l'interprétation du droit. L'étendue du contrôle juridictionnel entre également en ligne de compte, puisque les autorités de la concurrence sont généralement les premières à utiliser de nouveaux instruments, mais leurs décisions ne sont pas toujours contraignantes et il peut y avoir des divergences de vues entre les autorités de la concurrence et les autorités judiciaires. Ces dernières peuvent se montrer plus réceptives si les obligations de contrôle juridictionnel de la définition du marché sont limitées, comme c'est le cas dans l'Union européenne, où le contrôle n'intervient qu'en cas d'erreur manifeste.

Sur le plan juridique, renoncer à la pratique de la définition du marché peut avoir pour effet de rendre plus incertains les principes qui présideront à l'examen des problèmes de concurrence et l'issue de cet examen. La définition du marché est une méthode généralement admise, appliquée dans la quasi-totalité des pays et qui y est largement utilisée depuis longtemps. Cette méthode étant appliquée quelle que soit l'affaire traitée, les acteurs du marché ont la possibilité, tant que celui-ci n'évolue pas de façon significative, de procéder à une auto-évaluation d'autant plus précise qu'elle a valeur de référence. En revanche, les instruments plus récents sont appliqués à certaines affaires particulières et peuvent ne pas être encore suffisamment matures et empiriquement robustes pour former le fondement de doctrines juridiques solides, sachant que cette même critique a été opposée, en son temps, à l'adoption de la méthode de définition du marché. Du fait de la multiplicité des méthodes disponibles, les autorités de la concurrence ont toute latitude pour choisir l'instrument le plus adapté à une affaire donnée, mais cette situation crée une incertitude, notamment lorsque les résultats divergent selon les méthodes utilisées.

- (5) *Un nombre croissant de pays réexaminent le rôle de la définition du marché et adoptent de nouvelles méthodes afin de surmonter les limites que présente ce concept dans certaines affaires. Certains soulignent que la définition du marché n'est ni une fin en soi, ni le point de départ obligé d'une analyse de la concurrence ni qu'il faille l'utiliser systématiquement. Plutôt que de renoncer à cette méthode, la plupart des pays la complète avec d'autres approches.*

Il existe une divergence de vues entre les pays mettant en œuvre le droit de la concurrence au sujet du rôle de la définition du marché dans les affaires pour lesquelles son application a été critiquée. Son utilité est globalement reconnue dans tous les pays, mais une majorité d'autorités de la concurrence en minimisent l'importance et envisagent d'autres approches pour les cas où elle s'est révélée problématique. Dans ce contexte, la contribution soumise par le BIAC met l'accent sur le besoin d'harmonisation des pratiques à l'échelle internationale afin de limiter les risques d'incohérence lors de l'évaluation des fusions internationales et d'autres opérations internationales des entreprises.

Dans certains pays, les autorités de la concurrence ont déjà mis en application de nouveaux outils pour compléter, voire remplacer, la définition du marché. Aux États-Unis, les Lignes directrices sur les fusions horizontales de 2010 précisent que la délimitation du marché ne représente que l'un des nombreux outils disponibles pour évaluer l'atteinte à la concurrence, prônent l'adoption d'outils économiques plus perfectionnés ne recourant pas à la définition du marché pour certains aspects de la dynamique de la concurrence, et soulignent que la définition du marché n'est pas un point de départ obligé d'une l'analyse des effets d'une fusion sur la concurrence. De plus, ces lignes directrices révisées autorisent le recours aux preuves directes de pratiques contraires au droit de la concurrence et précisent le type de preuves admises. Au Royaume-Uni, la nouvelle version des lignes directrices d'évaluation des fusions reflète elle aussi le fait que la définition du marché cède en partie le pas à l'analyse de l'intensité de la concurrence. L'application de nouvelles techniques, tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni, crée une situation contradictoire : certaines affaires suscitent des préoccupations liées à l'utilisation des nouveaux outils alors qu'elles n'auraient pas posé de problème précédemment, et *vice versa*. Un certain nombre d'autorités de la concurrence envisagent également de nouvelles approches ; c'est le cas en Irlande, pays qui procède actuellement à la révision de ses lignes directrices sur les fusions. Dans tous les pays, indépendamment des outils d'analyse spécifiques, d'autres aspects pertinents, comme l'horizon temporel ou l'existence de barrières à l'entrée ou à l'expansion, sont examinés lors de l'analyse des effets d'une fusion sur la concurrence.

De manière générale, les autorités de la concurrence ont tendance à adopter de nouveaux instruments pour compléter et non pas pour remplacer la définition du marché. Cette complémentarité peut être renforcée lorsque la méthodologie inhérente aux nouveaux instruments, de même que les données nécessaires à leur application, sont similaires à celles utilisés pour définir le marché – c'est notamment le cas pour les indices de pression sur les prix. Pour autant, la clarté des procédures et des choix techniques des autorités de la concurrence continuent de poser problème. En outre, des travaux supplémentaires seront nécessaires pour perfectionner ces nouveaux outils afin d'améliorer leur fiabilité et leur robustesse mais également pour évaluer leur performance par rapport à la méthode de la définition du marché. Pour porter ses fruits, l'adoption de ces nouveaux outils nécessitera probablement des compétences et des ressources dont les autorités et les spécialistes de la concurrence ne disposent pas à l'heure actuelle. Pour résoudre ce problème, l'autorité chargée de la concurrence norvégienne collabore, par exemple, avec une université pour développer un savoir-faire relatif à l'application de ces nouveaux outils et a constitué une équipe chargée de mieux faire connaître ces nouvelles méthodes.

Les autorités judiciaires prennent de plus en plus conscience des limites de la définition du marché. Ainsi, dans les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, on observe depuis le début des années 1990, une tendance à privilégier une approche moins formaliste. La délimitation du marché est jugée d'une « importance essentielle » dans les affaires d'abus de position dominante, mais peut être remplacée par une autre méthode dans les affaires de pratiques restrictives. Aux États-Unis, les tribunaux ont occasionnellement utilisé les preuves de préjudice direct pour évaluer un pratique de collaboration entre concurrents, et plus rarement pour examiner des pratiques d'exclusion unilatérales, mais n'ont jamais bloqué de fusion sans avoir au préalable délimité le marché pertinent.

BACKGROUND NOTE

By the Secretariat *

1. Introduction

Market definition is one of the most important analytical tools for competition authorities to examine and evaluate competition problems. By defining a relevant market, then calculating and assigning market shares, competition authorities seek to assess the market power of firms, which is of central importance to understand competition effects.¹ In addition, the definition of the relevant market helps to identify the market participants, to delineate the boundaries of the market and to determine the area of effective competition.

The importance of market definition goes, however, beyond such a narrow instrumental function as the concept has permeated competition law and is, based on its underlying conceptual foundations, now deeply embedded into the law.² Market definition has shaped the way practitioners think about competition issues beyond its narrow role in defining markets³ in any particular case as it is closely linked to the emergence of competition law as a public policy concern.

In the last few years, the relevance of market definition as an instrument in merger analysis and in cases of monopolisation and dominance is under discussion in the antitrust community. The 2010 US Horizontal Merger Guidelines, reflecting this debate, state for instance that market definition is not necessarily the first step in a merger analysis. This is a considerable change in light of previous practice and has spurred an intense discussion in the antitrust community about the role, the function and the importance of market definition as an instrument in analysing potential competition effects in any particular case. While a similar discussion already took place previously with the advent and use of merger simulation models in merger analysis, the current debate, possibly also fuelled by the earlier one seems to have taken on a more fundamental dimension. While, as before, merger control seems to be the arena in which new developments are mainly discussed, the role and the importance of market definition as a first step in the analysis is also questioned in monopolisation and abuse of dominance cases.⁴

* The background paper was written by Ulrich Schwalbe (Department of Economics, University of Hohenheim, Germany) and Frank Maier-Rigaud (OECD). Anna Pisarkiewicz (OECD) provided substantial research support and was in particular involved in the drafting and writing of the legal parts.

¹ It is important to bear in mind that market definition is not of intrinsic value. It is a powerful instrument to get at market power and thereby at competition effects but it is neither the only means through which competition effects can be analysed nor the one that will lead to the best results in every case.

² Of course this is true to various extents for different competition laws and seems to mainly depend on the time of adoption of a competition law regime and the legal system within which the competition regime is established.

³ This is for instance apparent in Article 102 TFEU under European competition law, where irrespective of any subsequent analysis of economic effects, dominance, typically operationalised through market share requirements of at least 40%, is a requirement for the application of the article itself.

⁴ See for example EAGCP (2005) and DoJ (2009).

The foundations of competition law but in some sense also of market definition were laid with the Sherman Act in 1890 and the general notion that large companies, as eventually measured by market shares in defined markets, wield substantial economic and often also political power that requires some checks for consumer protection, efficiency but also democratic reasons. While early monopolization cases in the US did not rely on market definition, this gradually changed over time and the concept was first introduced formally in the 1982 US merger guidelines and has evolved further since then.⁵

Traditionally, the first steps in every competition analysis are the definition of the relevant market, the identification of relevant competitors, the computation and assignment of market shares. This was reinforced by the structure-conduct-performance (SCP) paradigm that had a substantial influence on US and EU competition law until the mid-1970s and that emphasised the importance of market structure suggesting a link between concentration and market power.⁶ Indeed, the dominance requirement in a substantial number of competition laws worldwide, including *inter alia* German and European competition law, can in part be explained by a deep concern with market power presumed to be correlated with market share. The introduction of market definition allowed for the computation of statistical measures of concentration as for example concentration ratios and later on the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) guiding enforcement. At the time when market definition and measures of concentration were first introduced into competition analysis, collusion in concentrated industries was the main concern with respect to the competitive process.⁷ Therefore, market definition was more or less aimed at industries with homogeneous products. When the role of concentration ratios was reduced and the HHI was introduced as a measure of concentration in the 1982 US Merger Guidelines, the main concern were markets of industrial products where collusion was considered to be the main problem.

In the following years, industries producing differentiated products, such as branded consumer goods and services, gained importance in industrialised countries and it was recognised that mergers in these markets could give rise to a type of competition problem different from collusive or co-ordinated behaviour. It was recognised that in those industries the intensity of competition between firms was more important than the size of the market share or the overall concentration of the industry. Competitors producing close substitutes imposed strong competitive constraints upon each other. However, when a merger between these firms, even in cases of low post-merger market shares, removed these competitive constraints, the merged firm would have an incentive to increase the price of at least one of its products, in the absence of countervailing efficiencies. As these effects do not depend on co-ordination between the firms but result from an independent pricing decision, they are known as unilateral effects.

Along with these changes in the economy, economic theory also evolved. Industrial Organisation theory made considerable progress in analysing the behaviour of firms in markets with imperfect competition by employing tools and concepts from game theory. It also analysed the competitive behaviour of firms in more detail, taking into consideration *inter alia* strategic effects and the reactions of rivals. The Harvard School, based on the SCP paradigm, had started from the assumption that many business practices by firms with market power are anticompetitive. The Chicago school explained the behaviour of firms mostly by efficiency reasons. In contrast to both approaches, the new Industrial Organisation theory recognises that most business practices have always both pro- and anticompetitive effects. In many instances, there are efficiency rationales that may explain the observed behaviour at least in part. A competition authority has to decide whether, in a given case, the pro- or the anticompetitive effects are of greater importance. Thus, more weight is given to the actual competitive effects of the behaviour in question.

⁵ See Werden (1992).

⁶ Indeed the SCP approach spawned a substantial amount of empirical IO papers trying to tweeze out a correlation between concentration, prices and profitability.

⁷ Shapiro (2010).

Along with these developments and the advances in economics with respect to the effects of mergers and business behaviour, new technologies were developed that had a tremendous impact on the availability of economic data, the processing of these data and the empirical tools to analyse it. Huge amounts of data about consumer buying behaviour, price responsiveness and substitution behaviour are now provided by checkout scanners. Advances in computer technology made it possible to process these data. This in turn led to more refined econometric methods that are employed to analyse markets, and estimate demand functions as well as whole demand systems.

These developments laid the foundations for a more effects-based approach in competition law enforcement, in particular with respect to merger control. In the 1982 US Guidelines the hypothetical monopolist test (HMT) was introduced as a method to generate meaningful market shares. The 1992 US Guidelines allowed for unilateral effects as it became clear that a simple consideration of market shares and market concentration, even if derived based on the HMT, could overlook serious anticompetitive effects of mergers, in particular in markets with differentiated products. For unilateral effects, market shares are not always a sound proxy for the effects on competition. In the 2010 Horizontal Merger Guidelines the role of market definition as a necessary first step in every merger analysis has been abandoned.

The recent developments, seemingly reducing the importance of market definition, have led to a range of reactions. The first one could be considered as the adaptation of market definition to the special conditions in certain types of markets, for example markets with network effects, auction- and bidding markets and two-sided markets. The second reaction is the development of alternative tools that, under certain conditions, are related to market definition, but allow for a more direct assessment of the expected effects of a merger or other business conduct. Such tools include, among other concepts, pricing pressure indices (PPI's), compensating marginal cost reductions, merger simulations and a direct effects approach. Generally, these concepts cannot be considered as a replacement of market definition, but should be viewed as optional substitutes or methods that complement market definition by providing additional information.

These reactions and the recently proposed new approaches have led to the question how competition policy and competition law should react. Should new guidelines stick to the principle of prescribing that any competition analysis has to start with (or at least include) the definition of the relevant market or should alternative tools be allowed instead of, or in addition to, market definition?⁸ As these alternative tools and methods do not rely on market definition, this could create some uncertainty with respect to the predictability of competition law enforcement to practitioners, the business community and competition authorities. However, excluding these alternative tools could imply that methods that do not yield the best predictions about likely anticompetitive effects are employed at least in some cases. There is thus a trade-off between a more flexible approach that allows using the economically most suitable tool for the problem at hand and the repercussions of such "methodological pluralism" on legal certainty and on the status of market definition in competition law more generally.⁹

This background paper gives an overview of the discussion on the proper role of market definition in competition analysis. While it focuses mainly on the instrumental function of market definition in analysing effects, it also discusses the wider role of market definition and how the concepts permeated and shaped competition law. The paper is organised as follows: In section 2, the basic economic principles of

⁸ See US Horizontal Merger Guidelines: "The Agencies' analysis need not start with market definition" (Sect. 4).

⁹ It is for instance clear that traffic rules prescribing that cars have to come to a full halt at intersections with stop signs will not be efficient in every individual case, for example at a deserted and easily overseen crossing at 3 in the morning. This lack of efficiency in specific cases is, however, seldom used as an argument for allowing a more refined rule that would for instance allow for stop signs to be applicable only during certain hours.

market definition are presented. The section discusses why markets are defined at all and what role market shares and concentration measures have. Section 3 briefly describes the most common method of defining markets employed by almost all competition authorities, the hypothetical monopolist test (HMT). Also the FERM test as a refinement of the HMT is considered and the concept of markets based on consumers' needs (*Bedarfsmarktkonzept*) is presented as the latter still plays an important role for some competition authorities. The section also discusses the implementation of the HMT and the concept of critical loss and the fact that the concept allows for a simple screening to discriminate between situations that give rise to competitive concerns and warrant a further inquiry and those that do not. Section 4 discusses the problems associated with market definition in several types of competitive situations where market shares generally are a less useful indicator. This is *inter alia* the case in markets with differentiated products, cluster markets, auction- and bidding markets, markets with network effects and two-sided markets. The specific problems encountered with respect to market definition in these cases are considered. Section 5 describes the most important alternative or complementary tools to market definition. This includes a discussion of different pricing pressure indices and their relationship with the HMT and the concept of critical loss as well as compensating marginal cost reductions. The section also covers merger simulation models and the direct effects approach in monopolisation / abuse of dominance cases. The discussion includes a critique of these new approaches. Section 6 discusses the legal and institutional aspects in connection with allowing additional tools to complement or partially replace market definition under "methodological pluralism". Section 7 concludes.

2. Economic principles of market definition

Markets in which there is no effective competition will in general lead to inefficiencies *inter alia* in the form of higher prices and/or lower quality of products, reduced R&D investments and/or retarded innovations as compared to markets where the competitive process works effectively. These inefficiencies will arise if the behaviour of firms is not constrained by (potential) other products or services. In these cases, firms are considered to have market power. This concept thus refers to the competitive constraints a firm faces, for example by products and services supplied (or potentially supplied) by rivals and competitors (or potential rivals and competitors). A reduction in competitive constraints usually leads to an increase in market power which in turn could induce welfare decreasing effects.

The role of competition law is to assure that effective competition prevails by preventing the creation or the strengthening of market power or to prohibit the abuse of a position of substantial market power (monopolisation). Competition authorities have to assess the competitive effects of decisions concerning mergers or potential anticompetitive conduct. In economics, market power is usually defined as the ability of a firm to keep the price of its product (or products) profitably above the competitive price for an extended period of time.

2.1 Market power and the competitive price

Economists tend to equate the competitive price with marginal cost and employ the Lerner Index that relates the percentage mark-up on marginal cost to the elasticity of the residual demand function, as a measure of market power.¹⁰ Note, however, that this technical notion of market power defined as pricing above marginal cost may be distinct from the notion of market power as a competition law concept.¹¹ Perfect competition is a theoretical concept that relies on several restrictive assumptions to be satisfied. Therefore, competition economists have suggested the concept of effective competition which is compatible with prices exceeding marginal cost.¹² While in the economic discipline equilibrium prices

¹⁰ This paper only discusses market power of sellers.

¹¹ See OECD (2012a:9ff.) for a discussion of the problems of the concept of "competitive" price outside a narrow economic modelling context.

¹² For a discussion of the concept of effective competition see Bishop and Walker (2010:15-50).

under perfect competition are equated with marginal costs and may therefore also be considered competitive prices, the notion of competitive prices in competition law is often less precise and prices in the absence of competition law infringements may be called competitive prices even if they exceed marginal cost and the market cannot be characterized as perfectly competitive.

Box 1. The Lerner-index and the price elasticity of demand

The Lerner-index results directly from the first-order conditions of profit maximisation and relates the per-unit margin (in percentage terms) to the price elasticity of demand.

$$\frac{p_i - c_i}{p_i} = \frac{1}{\varepsilon_i},$$

where p_i denotes the market price for product i , c_i the marginal cost and ε_i denotes the own-price elasticity of demand. The own-price elasticity of demand for product 1 is defined as

$$\varepsilon_1 = \frac{\partial Q_1(p_1, p_2, \dots, p_n)}{\partial p_1} \frac{p_1}{Q_1}.$$

It denotes how much, in percentage terms, the demand of product 1 decreases with a price increase of 1% by product 1. The own-price elasticity takes a negative value although it is sometimes also stated in absolute terms. The larger the elasticity (in absolute terms), the lower the value of the Lerner-index, and the less market power the firm will have.

16. Consider for example an oligopolistic market where firms incur some fixed cost, compete in quantities and produce a homogeneous good. It can be shown that in such a Cournot model the price under effective competition exceeds marginal cost. From a long-run perspective, where by definition there are no fixed cost, and with free market entry, the competitive price could be considered as equal to the long-run marginal or long-run average incremental cost (LRAIC).

The demand a single firm is confronted with depends generally not only on the behaviour of the consumers but also on the prices of substitutes or complements to the products of the firm in question and thus on the supply behaviour of other firms. Therefore, the firm-specific or residual demand function has to be considered if demand and supply side substitution, the most important competitive constraints a firm faces, are to be assessed.¹³ The price elasticity of the residual demand function captures the most important competitive constraints a firm faces, i.e. demand and supply substitution. A price increase by the firm will on the one hand lead to a change in buyer behaviour – consumers will substitute away from the product by either buying less of the product, choosing a substitute, buying in a different area or buying something completely different or nothing at all. On the other hand, the behaviour of suppliers might change as, if production capacities are available, other firms could increase their supply of the product (or of substitute products), reposition their products, expand their capacities or *de novo* entry could take place.

The equilibrium price in an industry therefore depends on many factors as e.g. the degree of product differentiation, the availability of substitutes, existing capacity constraints, the nature of competition in the market or countervailing buyer power. From a more long-term perspective, barriers to entry, barriers to expansion, a possible repositioning of products and the impact of potential competition have to be taken into consideration to assess the competitive price.

¹³ Baker and Bresnahan (1988).

2.2 *Market Definition as an indirect way to assess market power*

This high degree of complexity of any competitive process makes it often very difficult to estimate the competitive price and to assess the market power in a direct way. The data required to estimate the residual demand function and its price elasticity by econometric methods may not be available or not available in the required quality or take too long to collect. The relevant costs often cannot be measured and approximations of marginal cost by accounting measures of average variable cost, for example, may be misleading. Also, a profitability analysis is in many cases fraught with difficulties.¹⁴

But even if the data requirements were satisfied, the time constraint under which competition authorities have to operate is often extremely tight. A decision about whether a merger does not raise competition concerns or whether the transaction should be analysed in more detail has to be made within a period that is often too short for a detailed econometric analysis.¹⁵

2.3 *The functions of market definition*

In many cases an indirect approach to assessing competitive effects is employed to identify the competitive constraints a firm faces and to assess whether a firm possesses market power or whether market power is created or strengthened by a merger. This indirect approach is generally carried out by competition authorities in two steps: the first one is the definition of the relevant market and the second analyses the competitive conditions within this market.

When a relevant market has been defined, the competitors can be identified and market shares can be assigned to the market participants.¹⁶ These market shares can be used to derive statistical measures of the concentration in the market for example by calculating concentration ratios or the Herfindahl-Hirschman Index (HHI), the sum of the squared market shares of all firms in the market.¹⁷ These market shares and the associated measures of concentration are employed to make inferences about the market power of a firm, or, stated otherwise, the strength of the competitive constraints a firm faces. The underlying assumption is that the size of the market share is directly and positively correlated with market power and that the degree of concentration in a market is indicative of competition problems, for example in the form of higher prices than in less concentrated industries.

A theoretical justification for employing market shares and the HHI is provided by the Cournot model of quantity competition with firms producing a homogeneous product with constant marginal cost. In this model, there is a direct positive correlation between market power as measured by the Lerner index, market shares and concentration measured by the HHI.

¹⁴ For an in-depth discussion of profitability analysis, see OECD (2012a).

¹⁵ Although so-called pre-notification periods often play a role, the time allotted to competition authorities for an initial assessment of the case is often limited to a single month.

¹⁶ As opposed to the US, the EU directly considers supply substitution when defining the market implying that market shares are assigned also to potential competitors.

¹⁷ The Herfindahl-Hirschman Index is given by $HHI = \sum_{i=1}^N s_i^2$ where s_i is the market share of firm i in the market, and N is the number of firms. Thus, in a market with two firms that each have 50 per cent market share, the Herfindahl-Hirschmann Index equals $0.50^2 + 0.50^2 = 0.5$. The *HHI* ranges from $\frac{1}{N}$ to 1, where N is the number of firms in the market. Equivalently, if percentage integers are used as in 75 instead of 0.75, the HHI can range up to 100^2 , or 10000. The concentration ratio CR4, where 4 stands for the four largest firms in the market was an important concept in competition analysis until it was replaced by the HHI in the 1982 US merger guidelines.

Box 2. Market shares and the HHI in a Cournot model

Consider a market with n firms $i = 1, \dots, n$ producing a homogeneous good with constant marginal cost c_i and compete in quantities. The inverse demand function is given by $p(Q)$, with $Q = \sum_{i=1}^n q_i$. Here, Q denotes the total quantity produced by all firms and q_i the quantity produced by firm i . The profit maximisation problem for firm i is given by

$$\max_{q_i} p(Q)q_i - c_i q_i, i = 1, \dots, n.$$

The first order conditions are

$$\frac{dp(Q)}{dQ} q_i + p(Q) - c_i = 0, i = 1, \dots, n.$$

Rearranging yields

$$\frac{p(Q) - c_i}{p(Q)} = - \frac{dp(Q)}{dQ} \frac{q_i}{p(Q)} = \frac{dp(Q)}{dQ} \frac{Q q_i}{p Q}.$$

Note that the last term on the right, $q_i/Q = s_i$ is the market share of firm i and the first two terms on the right are the inverse of the price elasticity of demand ε , *i.e.*

$$\frac{dp(Q)}{dQ} \frac{Q}{p} = \frac{1}{\varepsilon}.$$

Simplifying notation, the relation between the margin and the price elasticity of demand for a firm i with marginal cost c_i in a Cournot model is given by

$$\frac{p - c_i}{p} = \frac{s_i}{\varepsilon}.$$

This indicates that for a given price elasticity of demand the market share of a firm is positively related to its margin or to its market power as measured by the Lerner index.¹⁸ Multiplying each term with s_i and summing over all firms in the market yields

$$\frac{s_1^2}{\varepsilon} + \frac{s_2^2}{\varepsilon} + \dots + \frac{s_n^2}{\varepsilon} = \sum_{i=1}^n \frac{s_i^2}{\varepsilon} = \frac{HHI}{\varepsilon}.$$

In a Cournot model, the average margin weighted with the market shares is equal to the HHI divided by the price elasticity of demand. As the HHI gives more weight to larger shares, a market with a firm with a very high market share and several small firms yields a high value of the HHI. In this case, the existence of market power could be suspected. Also, when there are only a few firms with equal market shares, market power could be exercised.

In addition, if the market contains only a few firms with symmetric market shares, co-ordinated behaviour might arise. This is particularly intuitive in a homogeneous products market as considered here. In addition, equal market shares are an indicator of similar technologies and cost functions so that structural conditions could be conducive to co-ordinated behaviour. A further link between the HHI and the stability of co-ordinated behaviour has been pointed out by Stigler (1964). He showed (under some restrictive assumptions) that the stability of co-ordinated behaviour is inversely related to the HHI. When the concentration in the market is high, a cheating firm can easily be detected and thus deviations from the co-ordinated outcome are deterred.

¹⁸ Note that a large market share does not necessarily imply market power – if the demand is very price elastic, the margin could be very low.

But more importantly, the change in the level of an index, *e.g.* caused by a merger, is used to draw conclusions on the competition effects of this transaction. For example a change in the HHI, the so called delta, caused by a merger is used to make an inference about the competitive effect, in particular the increase in price. Stated otherwise, changes in the index are assumed to be correlated with price increases.

In a simple Cournot model with constant marginal cost and linear demand, welfare decreases with increased concentration provided there are no efficiency gains and no potential competition.¹⁹ As shown by Farrell and Shapiro (1990), this result can be extended to more general Cournot models. If there are no synergies, a merger in a market with Cournot competition causes prices to increase.²⁰

The definition of the relevant market and the calculation of market shares and measures of concentration derived from these shares have been used to specify thresholds. For example, in the Horizontal Merger Guidelines of the European Commission, numerical levels of the HHI and the change in the HHI induced by the merger are used to indicate a range within which no further analysis of the merger will take place. These thresholds allow a primary screening of mergers and can therefore be considered as safe harbours.²¹

One role of market definition in competition analysis is to provide a crude first screen to classify competitive situations, particularly mergers or abuse of dominance/monopolisation cases into those that give rise to competition concerns or even serious competition concerns and therefore justify closer scrutiny and those that do not. This screening function of market definition allows the competition authorities to concentrate resources on cases in which it is plausible that the merger or the practices in question could lead to substantial anticompetitive effects and to eliminate all those cases where the prospect of anticompetitive effects is insignificant. If such a threshold enquiry shows that a merger would not create or increase market power or if, in an abuse of dominance case, it is found that a firm does not possess market power, further analysis of such cases is unnecessary.²² Such screens reduce the investigative burden of competition authorities and may also mitigate the risk of false positives.

No simple screen is, however, able to perfectly discriminate between situations that give rise to competition concerns and those that do not. Therefore, when thresholds are exceeded, an assessment of the competition concerns is required and a more detailed competitive analysis needs to be carried out in order to determine whether the competition concerns are confirmed.

Market definition plays an important role also in this second stage of the enquiry, because a properly defined relevant market delineates the area of competition, *i.e.* separates the active competitive forces from those more passively operating in the background.²³ The competitive action taking place within a properly defined relevant market is separate from the rest of the economy at least to the extent that it can lead to distinct prices.²⁴ Therefore, the definition of a relevant market is important to identify possible barriers to

¹⁹ In fact the argument by Willig (1991) that welfare decreases with concentration is more general as he also considers behaviour different from Cournot behaviour.

²⁰ Farrell and Shapiro (1990:112).

²¹ A safe harbour is a binding legal concept. Thresholds may also be used in a purely indicative and ultimately non-binding manner. While the setting of such thresholds is largely arbitrary from a theoretical point of view, the idea is that competition problems are very unlikely under very low market shares.

²² In contrast to monopolisation in the US, abuse of dominance in EU law requires the finding of a dominant position prior to the effects analysis.

²³ See Werden (2012).

²⁴ Werden (2012:16).

entry. If the competitive analysis shows that there are no substantial entry barriers, even a high market share is presumably no indication of durable market power. In addition, market definition helps to identify the market participants and to examine the structural conditions in the market. This is particularly important in the case of possible co-ordinated effects. Market definition allows specifying the scope of co-ordination, identifying a maverick firm that could disrupt any co-ordinated behaviour and to evaluate whether the market is susceptible to co-ordinated behaviour.²⁵ Thus, even if market shares are not used, the definition of the relevant market provides a structured frame within which the competitive analysis takes place. Thus, the definition of the relevant market serves more functions than to give a first simple indication of market power.

This, however, does neither imply that – from an economic point of view - market definition has either to be the necessary first step in any competition analysis nor that it has to be employed in all cases. There might be instances where sufficient data are available for a direct assessment of market power that would render the definition of the relevant market redundant. In other instances there may be other conclusive evidence of abuse. Furthermore, as will be discussed in section 4, in certain types of markets, market shares and measures of concentration may be less conclusive with respect to market power and anticompetitive effects and alternative tools may be superior.

Market definition, including the calculation of market shares and measures of concentration is thus not an end in itself but a tool to identify the strength of the competitive constraints a firm faces and to assess the existence, the creation or the strengthening of market power and the likelihood of possible anticompetitive effects. The competitive constraints are exerted by the products and services of other firms or in other regions. The relevant market thus has to be defined with respect to the product and with respect to the geographical dimension.

For the market shares and the measures of concentration to be a reliable indicator of market power, it is evident that the market has to be defined in such a way that the market shares and the measures of concentration are as meaningful as possible. If the market is defined too narrowly, important competitive constraints are not taken into account and market power is overstated. If markets are defined too broadly, products are considered competitive constraints that in fact do not substantially constrain the behaviour of firms and could thus understate existing market power.

It has to be taken into account, that market definition is not a purely economic exercise but is a concept that is also embedded in competition law. To examine whether market definition can be substituted or complemented by other tools and methods of competition analysis, the legal dimension of market definition has to be considered. This involves in particular a study of the embeddedness of market definition in competition law ranging from statutory requirements and the use of the concept in the context of safe harbours or the calculation of fines to questions of legal certainty and the value of precedents addressed in section 6.

²⁵

For the role of maverick firms in the analysis of co-ordinated effects see Baker (2002) and (2008). The term maverick does not, as is often assumed, go back to the TV series or the 1994 movie *Maverick*. It also does not refer to the character played by Tom Cruise in the movie *Top Gun*. It likely refers to unbranded cattle and goes back to Samuel Maverick a Texas lawyer and cattle ranger who was considered to be “independently minded” by fellow ranchers for not branding his cattle, thereby deviating from standard practice.

3. The Hypothetical Monopolist Test

The Hypothetical Monopolist Test (HMT) was introduced as a tool for competition analysis in the US Horizontal Merger Guidelines in 1982, but the conceptual idea can be traced back to 1956.²⁶ This method for defining the relevant market is now employed by most jurisdictions and after thirty years of application to many cases, this concept has achieved a broad consensus as the most convincing approach to market definition. The HMT is usually defined in a horizontal merger context, but it is considered to be the correct method to define relevant markets for all types of potential competition law abuses. The basic idea of the HMT is quite simple. Shares in a designated market provide a reliable indication of market power only if at least a firm with a market share of 100% in that designated market, (a monopolist), is able to exercise market power. In other words, if even a monopolist could not profitably increase the price above the competitive level, firms with market shares below 100% would certainly not be able to do so either. If that is the case, firms will not have any market power and the market shares determined in the designated market will be meaningless. In the past thirty years, some minor modifications to the HMT were made, but the main concept remains the same as when it was introduced in 1982.

3.1 Recent version of the HMT

A recent version of the hypothetical monopolist test as it is normally employed to define the relevant product market is stated in the 2010 US Horizontal Merger Guidelines:

“The hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products (“hypothetical monopolist”) likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price (“SSNIP”) on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger.”²⁷

Usually, a small but significant increase in price is considered to be an increase of 5%-10%.²⁸ A price increase is regarded as non-transitory if it lasts at least for one year. It is also assumed that firms outside the candidate market will not react and change the prices of their products.²⁹ The HMT does not require a uniform increase in the prices of all products in the market. This could be an issue if the margins of the products in the candidate markets differ considerably. In a symmetric situation with similar margins and demand structures, however, a uniform price increase is a reasonable assumption.³⁰

²⁶ The basic idea of the HMT seems to have been expressed by the Supreme Court in its *Cellophane* decision in 1956 and by Adelman in a 1959 law review article. The idea was taken up in the late 1970s in the Handbook on Antitrust Law by Sullivan (1977), and in the Areeda and Turner (1978) treatise. The first explicit use of the term “hypothetical monopolist” can be found in a DOJ Report on competition in the coal industry in 1978. For the history of the HMT see Werden (2003).

²⁷ US Merger Guidelines, 2010, 4.1.1, footnote omitted.

²⁸ Higher or lower price increases could also be used as the choice is rather arbitrary.

²⁹ This implicitly assumes that the elasticity of supply of firms outside the candidate market is infinite. The relevant demand function to be considered is thus the structural demand and not the residual demand function. This makes an empirical analysis easier as only the own- and cross-price elasticities of demand have to be considered. See Camesasca and van den Bergh (2006:114).

³⁰ There is some debate about the type of price increase to be considered. Different options are conceivable: the increase of only one price, a uniform price increase for all products under the control of the

A slightly different version of the HMT, as used for example in the EU, considers whether a hypothetical monopolist could profitably increase the price by a SSNIP of 5%. This version of the HMT could lead to a different market definition as a price increase of 5% may still be profitable for the hypothetical monopolist but a profit-maximising firm would in fact increase the price only by 3%.³¹

Whether a profit maximising hypothetical monopolist will effect a SSNIP depends on the competitive constraints imposed on him by other products or services. If the hypothetical monopolist were not to impose a SSNIP, important competitive constraints must exist that limit the market power, *i.e.* the ability to impose a profit maximising SSNIP.³²

The relevant market has also to be defined with respect to the geographic dimension as for example high transport cost could limit the options or the willingness of consumers to buy products in more distant locations. Stated otherwise, competitive constraints are imposed not only by substitute products available at any particular location but also by products supplied at other locations the consumers could turn to in order to buy the product. Therefore, the location of suppliers has to be considered when defining the relevant geographic market.³³ To define the spatial dimension of a market, the same conceptual approach can be employed. For geographic market definition, the HMT

*“requires that a hypothetical profit-maximising firm that was the only present or future producer of the relevant product(s) located in the region would impose at least a SSNIP from at least one location, including at least one location of one of the merging firms. In this exercise the terms of sale for all products produced elsewhere are held constant.”*³⁴

If the profit maximising hypothetical monopolist can impose a SSNIP, all the products and regions that pose the most immediate competitive constraints on the behaviour of the monopolist are contained in the market.

The competitive constraints to an increase in price come from three sources: Demand substitution, supply substitution and market entry. According to the European Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, “demand substitution constitutes the most immediate and effective disciplinary force on the suppliers of a given product, in particular in relation to their pricing decisions.”³⁵ It comprises all the

hypothetical monopolist or a profit-maximising increase that could imply different price increases for different products. Depending on the type of price increase, the relevant market could be broader or narrower. For a discussion see Daljord and Sjørgard (2011) and Daljord *et al.* (2008). If firms are involved that produce several differentiated goods, the SSNIP test has to be modified to take into account the pricing incentives of the hypothetical monopolist (see *e.g.* Davis and Garcés (2010:214)). The pricing incentives of the hypothetical monopolist also differ depending on whether he sells substitutes or complements outside the candidate market.

³¹ This difference has to be recognised when the HMT is implemented for instance using critical loss analysis. See section 3.2.3 below. Obviously the question whether a certain increase in price is profitable is different from the question whether such an increase is profit maximizing.

³² By construction, the HMT refers to a price increase. In some markets, however, competition might take place with respect to other competitive parameters than price – *e.g.* by quality or service. The HMT should therefore be adapted to different forms of non-price competition. While this is in principle possible, considering a decrease in quality, holding the price constant could prove to be more difficult than considering a price increase.

³³ The case where suppliers are not willing to serve certain customers is treated in the context of market definition with price discrimination.

³⁴ 2010 US Horizontal Merger Guidelines, sect. 4.2.1.

³⁵ Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, OJ C 372 [1997], para.13.

various ways buyers can react to a price increase which depends *inter alia* on the availability and closeness of substitutes, possible geographic substitution, and transport cost. All kinds of demand substitution are summarised by the elasticity of the market demand function which is explicitly taken into account by the HMT. If the price elasticity is high, consumers will react by a substantial reduction in demand because many close substitutes are available to which consumers could switch or the product or service is, for example, available in nearby locations. In this case, the hypothetical monopolist would not impose a SSNIP and the candidate market would not qualify as a relevant market.³⁶

Next to demand substitution, supply substitution is the second important competitive constraint a hypothetical monopolist faces. It refers to the ability of other firms to quickly redirect existing productive assets, not under the control of the hypothetical monopolist, for the production of substitutable products. In this case, supply substitution can constrain the hypothetical monopolist's market power in a similar way to the constraint imposed by demand substitution. Supply substitution that has a competitive impact requires that the firms producing substitutes must possess the necessary production facilities and the technological know-how.³⁷ They must also have access to the necessary distribution channels, marketing concepts and must be able to restructure production quickly, normally in less than one year and at insignificant cost. This implies, for example, that production and supply capacity must not be tied up under long-term contracts. If any of these conditions is not satisfied, supply substitution is unlikely.

Supply substitution is treated differently in different jurisdictions. In the EU, "Supply-side substitutability may also be taken into account when defining markets in those situations in which its effects are equivalent to those of demand substitution in terms of effectiveness and immediacy."³⁸ This has the conceptual advantage that the competitive constraints imposed by demand and supply substitution are treated symmetrically. Such a symmetric treatment of demand and supply substitution could, however, also lead to problems with respect to the product market. If supply substitution is considered at the market definition stage, it could occur that two products A and B that are no substitutes in demand are forced into the same product market because the producer of B could easily and quickly change production from B to A. This may result in an unintuitive product market comprising products that are not demand substitutes.³⁹

The US Horizontal Merger Guidelines focus only on demand substitution at the market definition stage of the analysis. Reactions of suppliers are dealt with at later stages of the enquiry when identifying market participants and assigning market shares. This approach considers firms that would easily and quickly divert production at least partly into the relevant market as rapid entrants and they would be considered as market participants. If information about capacities that could profitably be diverted to the relevant market is available, these rapid entrants would be assigned market shares according to these capacities. Thus, the relevant market defined with respect to demand substitution would be expanded to take into account supply-side flexibility.

Both methods to deal with supply substitution take this important competitive constraint into account. The main difference is the stage of the analysis when this is done. In general, these two approaches, if carried out correctly, should lead to similar market shares and measures of concentration. The

³⁶ In the case of buyer power (monopsony or oligopsony), relevant markets should be defined analogously with respect to the competitive constraint of seller substitution. See Baker (2007:133).

³⁷ As the term substitution implies this does not necessitate identical technology but simply the possibility to adapt sufficiently quickly and at limited cost.

³⁸ Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, OJ C 372 [1997], para.20.

³⁹ In addition, when the price elasticity of demand or cross-price elasticities are measured, *e.g.* to determine the closest substitutes, one has to estimate the residual demand function which also contains the reactions of competitors while focusing on demand substitution alone at this stage allows the estimation of the structural demand function that contains only demand substitution something that is much easier to do.

simultaneous consideration of demand and supply substitutability at the stage of market definition does, however, require an analysis of the competitive reactions of rivals and a balancing of pro- and anticompetitive effects.⁴⁰ Defining the relevant market in this way is substantially more involved and could generate controversy. The focus of demand side substitution in the first stage of a market definition seems to have some practical advantages as one can concentrate on one competitive constraint at a time.

Market entry and the related problems of the existence and the extent of barriers to entry and product repositioning are generally not dealt with at the stage of market definition but at a later stage of competition analysis *within* the relevant market. Therefore, these competitive constraints will not be considered further here.

3.2 Implementation of the HMT

3.2.1 Evidence used for market definition

One source of evidence for demand substitution stems from changes in market structures, for example the entry of a new supplier or other natural experiments.⁴¹ Second, the same market may have been subject to a recent competition analysis so that data, for example an estimated demand system, are available allowing the estimation of own- and cross-price elasticities of demand at least for past consumer behaviour. Third, evidence of demand substitution could be obtained by consumer surveys.⁴² In surveys, consumers are asked to which products or locations they would turn to in order to substitute for the product under consideration if the price were to be increased by a SSNIP. This could be done empirically by a suitable sampling method or by interviews. Fourth, the firm itself, for example its marketing division, may have collected data on buyer substitution behaviour to identify the closest rivals. Fifth, information about likely substitution behaviour could be provided by industry experts, consultants, former executives, suppliers of complements or distributors. Sixth, the cost of switching to substitutes and the time required for switching to products outside the candidate market as well as the characteristics and location of the product could allow inferences about demand substitution. Evidence of supply substitution could be gained from industry and technology experts and also from past behaviour of market participants with respect to structural changes in the market and their responses to the pricing behaviour of competitors.

3.2.2 The HMT in merger cases

To define the relevant product market in a merger case, the HMT generally starts with a narrowly defined candidate market comprising the products of each of the merging firms.⁴³ If a monopolist maximising its profits with respect to these products would effect a SSNIP to at least one of these products, the relevant market is defined, if not, the next best substitute (or substitutes) is included in the candidate market, and the test is applied again for the larger group of products. This procedure is iterated until a set

⁴⁰ See for example Baker (2007:133) for a discussion of the problems that integrating supply-side substitution at the stage of market definition (as opposed to a later stage) may entail.

⁴¹ A survey of economic evidence for market definition and the measurement of market power is provided by Baker and Bresnahan (2008). For natural experiments in competition analysis see Davis and Garcés (2010:185).

⁴² See e.g. Baker and Bresnahan (2008:12).

⁴³ Baker (2007:144). In practice, finely disaggregated candidate markets will only be considered if information about the substitution behaviour of consumers is available. In markets with finely differentiated products, often groups of differentiated products can be aggregated and such groups can be taken as the starting point. See for example Baker (2007:145).

of products is found that satisfies the test.⁴⁴ Thus, starting from some product or group of products, the relevant market is usually taken to be the smallest market that passes this test. This does not imply that all products that consumers consider to be substitutes are included in the relevant market. The reason for this is that there are several relevant markets as a relevant market that contains more substitutes continues to satisfy the HMT.⁴⁵

An equivalent procedure is used to define the relevant geographic market. Starting with the locations of the merging firms, additional locations are added to the candidate markets until the test is satisfied. From an economic point of view product and geographic markets need to be defined simultaneously because otherwise markets may be defined too narrowly. The reason for this is that substitution with respect to the product dimension or the geographic dimension could in itself already be small enough to make a SSNIP profitable, while a simultaneous substitution along both dimensions may remain unprofitable. This case can arise if the consumers that buy substitute products are different from those that buy at other locations.⁴⁶

Despite the fact that this algorithmic procedure is sensible from a conceptual point of view, this strictly iterative method and the smallest market principle could cause problems as “the methodology can fail to detect a horizontal merger as horizontal, because the test can be satisfied before the provisional market expanded to include a product of the merging partner even though the products competed.”⁴⁷ Therefore, some flexibility in the price increase threshold is reasonable, if a small increase in the threshold would change a merger from a non-horizontal to a horizontal one, a slightly higher threshold should be employed.⁴⁸ Another practical problem that complicates the application of the iterative procedure is the identification of the next best substitute(s).

A related problem with the smallest market principle could for example arise when there are closer substitutes to the starting product than those products already included in the relevant market. In these cases, markets could consist of “miscellaneous unconnected links in the chain of substitutes”⁴⁹. To avoid such unintuitive markets, any ‘holes’ in the relevant market can be filled with closer substitutes.

Despite these problems, the smallest market principle should be applied to avoid the definition of markets that are overly broad. This principle is also applied in the US Horizontal Merger Guidelines and in the Merger Assessment Guidelines of the UK Competition Commission and the Office of Fair Trading:

*“The relevant market may not be the narrowest market that meets the hypothetical monopolist test. However, to the extent that they use them, the Authorities will not normally have regard to market share and concentration thresholds calculated on anything other than the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test.”*⁵⁰

⁴⁴ Starting from two candidate markets, this process could in principle lead to relevant product markets that do not overlap – in this case the merger would not be considered as horizontal as the firms do not compete in the same market.

⁴⁵ Baker (2007) pointed out that if relevant markets differ depending on the starting point, for example if they overlap or are nested, a competition analysis should be carried out in all relevant markets where competitive concerns arise.

⁴⁶ From a theoretical point of view, the distinction of product market definition and geographic market definition is an artificial one. As goods in economic theory are defined by their physical characteristics, location and point in time of availability, demand substitution automatically includes all types of substitution.

⁴⁷ Lopatka (2011:80).

⁴⁸ See Rill (1990:49f).

⁴⁹ Farrell (2011:663).

⁵⁰ CC/OFT (2010), Section 5.2.3.

Nevertheless, application of the hypothetical monopolist test makes it necessary to identify the products that can be considered as the next best substitutes to be included in a candidate market if this market has turned out not to be a relevant market. The economic concepts employed to identify empirically those products that impose the most substantial competitive constraints are cross-price elasticities and diversion ratios.

Box 3. Cross price elasticities and diversion ratios

The cross-price elasticity is defined as the percentage change in the demand for product 2 when the price of product 1 increases by 1%. Formally, this elasticity is defined as

$$\varepsilon_{21} = \frac{\partial Q_2(p_1, p_2, \dots, p_n)}{\partial p_1} \frac{p_1}{Q_2},$$

where p_1 denotes the price of product 1 and Q_2 the quantity demanded of product 2 (at prices p_1, p_2, \dots, p_n). Note that in the case of substitutes, this elasticity is positive. It measures the degree of substitutability between two products. Cross-price elasticities measure the degree of substitutability between two products. *E.g.* a cross-price elasticity between products 1 and 2, ε_{21} , of 1.5 implies that a 1% increase in the price of product 1 leads to an increase in the demand of product 2 by 1.5%.

The diversion ratio between products 1 and 2 characterises how much of the demand reduction of product 1 caused by a price increase of this product is diverted to product 2. This of course depends on the own-price elasticity of product 1 and on the cross-price elasticity between products 1 and 2. Formally, the diversion ratio between products 2 and 1 is defined as

$$D_{12} = \frac{\partial Q_2 / \partial p_1}{\partial Q_1 / \partial p_1} = - \frac{\varepsilon_{21} Q_2}{\varepsilon_1 Q_1}.$$

Sometimes, it is useful to weigh the diversion ratio with the relative prices of the two products. This gives the diversion ratio in terms of revenue.

$$D_{12}^r = \frac{\partial Q_2 / \partial p_1 p_2}{\partial Q_1 / \partial p_1 p_1} = - \frac{\varepsilon_{21} Q_2 p_2}{\varepsilon_1 Q_1 p_1}.$$

This diversion ratio shows how much revenue is diverted from product 1 to product 2 by an increase in p_1 . The magnitude of the revenue diverted of course depends on the prices of the two products.

The diversion ratio between products 1 and 2 characterises how much of the demand reduction of product 1 caused by a price increase of product 1 is diverted to product 2. It measures the closeness of competition between two products. For example, if the own-price elasticity ε_1 is -3, the cross-price elasticity ε_{21} is 1.5, and the quantities of the two products are 2000 for product 1 and 1500 for product 2, then the diversion ratio is 35% for a 5% increase in the price of product 1.

If quantitative evidence about the substitution behaviour of buyers, *e.g.* from a consumer survey or from an estimation of the demand system is available, than own- and cross-price elasticities can be estimated by using econometric methods.⁵¹ These measures can be used to rank the possible substitutes according to their cross-price elasticities and/or diversion ratios and add the closest substitute to the candidate market and apply the HMT with respect to the extended market.⁵² The cross-price elasticity used

⁵¹ Quantitative techniques used *inter alia* to estimate demand functions, demand systems and elasticities will not be considered. A survey of these methods is provided in Davis and Garcés (2010), a study originally commissioned by DG Competition.

⁵² On ranking substitutes, see Werden (1998).

to rank the closest substitutes for a given product measures the percentage change in the quantity demanded of the possible substitutes when the price of one or several goods in the candidate market increases. For example, if product 1 is in the candidate market and the question is whether product 2 should be included in this market, the relevant cross-price elasticity is ε_{21} . Note also that cross-price elasticities and diversion ratios need not lead to the same ranking of products as the diversion ratio also depends on the quantities sold of the two products. If these quantities differ considerably, different rankings by cross-price elasticities and diversion ratios could result in different relevant markets depending upon which ranking is applied.⁵³

If no direct evidence about the substitution behaviour of consumers is available so that elasticities and diversion ratios cannot be estimated, the next best substitute to be included in the candidate market has to be chosen based on the best qualitative evidence available. Here, aspects such as interchangeability, physical characteristics or the price level could be considered as indicators of the degree of substitutability.

3.2.3 *Implementing the HMT by critical loss analysis*

The question asked by the HMT, whether a profit-maximising hypothetical monopolist would impose a SSNIP does not only depend on the demand substitution but also on the profit margin of the hypothetical monopolist.⁵⁴ A price increase by the monopolist has 2 effects: the margin of the quantity he continues to sell after the price increase has become larger but the quantity he sells has decreased. A price increase therefore is profitable only if the additional revenue due to sales at a higher margin is larger than the reduced revenue due to the drop in the quantity sold. This relation between the profit margin and volume of demand substitution caused by a price increase of S per cent has led to the concept of the critical loss and its counterpart, the critical elasticity.⁵⁵ It is not an alternative to the HMT but a way to implement this test.⁵⁶

The break-even critical loss is defined as the volume of demand that has to be lost in response to an increase in price by 5% in order for this price increase to be unprofitable. Stated otherwise, the critical elasticity indicates the maximum value of the price elasticity of demand (approaching the indifference point from below) that induces a hypothetical profit-maximising monopolist to increase the price by S . The critical loss has to be compared with the expected actual loss (AL) a firm would incur by a price increase. This actual loss is approximately given by the price increase S multiplied by the price elasticity of demand ε .⁵⁷ If the critical loss is smaller than the actual loss, a 5% price increase would be unprofitable and the

⁵³ In practice, empirical methods as price correlation analysis or stationarity tests are often used to determine whether products belong to the same relevant market. For a survey of these methods see for example Davis and Garcés (2010:169f.). The use of these methods is, however, criticised because the results could be misleading as these approaches do not consider the central question of market definition, i.e. the amount of buyer substitution. (Baker (2007:152)). A similar argument holds for tests of shipment flows (Elzinga-Hogarty-test) that look at the insulation of an economic region according to inflows (“little in from outside” (LIFO)) and outflows (“little out from inside” (LOFI)). If both are low, it is argued that the area constitutes a relevant geographic market. However, as this test is based on current prices, it does not answer the question of buyer substitution in the case of a price rise and may thus over- or understate the geographic boundaries of the market. See for example Werden (1981) or Baker (2007:153).

⁵⁴ In what follows, we will not consider supply substitution at the stage of market definition.

⁵⁵ This concept was introduced by Harris and Simons (1989).

⁵⁶ Corresponding to the two different versions of the HMT, one with a profit-maximising SSNIP and one with a profitable SSNIP, two versions of the critical loss exist, the “profit-maximising critical loss” and the “break-even critical loss”.

⁵⁷ This holds for a linear demand function or approximately for small increases in price. If demand is non-linear, actual loss depends on the curvature of demand. See Ezrielev and Simons (2011).

next best substitutes have to be added to the market and the critical loss analysis has to be repeated with the enlarged candidate market.

The standard break-even critical loss in the homogeneous products case can be derived as follows.⁵⁸ Consider the price in the starting situation p^0 and the price after an increase p^1 . The quantities demanded at those prices are denoted by $Q(p^0)$ and $Q(p^1)$ where the demand at the higher price is assumed to be smaller than at the lower price. The profit of the firm that produces with constant marginal cost c depends on the price chosen and is denoted by $\pi(p^0)$ and $\pi(p^1)$. The difference in prices $p^1 - p^0$ is denoted by Δp , the difference in profits by $\Delta\pi$ and the difference in quantities demanded $Q(p^0) - Q(p^1)$ by ΔQ . The price increase is just not profitable if the change in profits, denoted by $\Delta\pi$ is 0:

$$\Delta\pi = (p^1 - p^0)Q(p^1) - (p^0 - c)(Q(p^0) - Q(p^1)) = 0.$$

The term $(p^1 - p^0)Q(p^1)$ describes the additional profit generated by selling the quantity $Q(p^1)$ at a higher price and the term $(p^0 - c)(Q(p^0) - Q(p^1))$ denotes the lost profit due to the reduced quantity sold. If the two effects are equal, the price increase is profit-neutral.

This can be written as

$$(p^1 - p^0)(Q(p^1) - Q(p^0) + Q(p^0)) - (p^0 - c)(Q(p^0) - Q(p^1)) = 0$$

or

$$(p^1 - p^0 + (p^0 - c))(Q(p^1) - Q(p^0)) = (p^1 - p^0) Q(p^0).$$

Dividing by $Q(p^0)$ and p^0 and rearranging terms yields

$$\frac{Q(p^0) - Q(p^1)}{Q(p^0)} = \frac{p^1 - p^0}{p^0} / \left(\frac{p^1 - p^0}{p^0} + \frac{p^0 - c}{p^0} \right).$$

The term on the left side denotes the reduction of the quantity demanded due to the price increase in percentage terms, *i.e.* the critical loss (CL), $(p^1 - p^0)/p^0 = S$ is the percentage increase in price and $(p^0 - c)/p^0 = m$ is the margin.

Thus, the break even critical loss can be written as

$$CL = \frac{S}{S + m}.$$

For example, if the price increase is 5% and the margin is 45%, then the critical loss would be 10%, *i.e.* the firm would have to lose 10% of its demand if the price were to go up by 5% to make the price increase unprofitable. Note that the break-even critical loss is independent of the specific shapes of the underlying demand or cost functions and can be measured by considering only the margin and the price elasticity of demand.

This analysis asks whether a 5% price increase would be profitable. The hypothetical monopolist may, however, only impose a price increase of for example 3% as this maximises profits, even if a 5% price increase implies a higher profit compared to no change in price at all. As a result, a “profit-maximising” critical loss can be defined and it can be shown, that the latter is always smaller than the

⁵⁸

The presentation follows Davis and Garcés (2010:211).

“break-even” critical loss. Implementing the HMT with the break-even critical loss could thus lead to narrower markets as the monopolist can lose more sales before this drop in volume becomes critical.

If the critical loss for a profit-maximising hypothetical monopolist is considered, the shape of the demand function has a substantial impact on the critical loss.⁵⁹ In the case of a linear demand function, the profit-maximising critical loss CL_i^* is given by

$$CL_i^* = \frac{S}{2S + m},$$

where the subscript l stands for linear. For a demand function with constant elasticity, an isoelastic demand function, the profit-maximising critical loss CL_i^* is

$$CL_i^* = 1 - (1 + S)^{\frac{-(1+S)}{S+m}}.$$

with the subscript i denoting isoelastic. If the actual loss is smaller than the critical loss, the candidate market should be enlarged by the closest substitutes. A price increase is unprofitable (or at least not profit maximising) if the actual loss exceeds the critical loss. If that is the case, the relevant market is found.

Note that a higher margin is associated with a lower critical loss as small increases in price on sales that continue to be made are less important, by definition of high margins, than the loss of profits on the sales foregone. Thus, it is often argued by parties that for a firm with a high margin, the actual loss by a 5% price increase will surely be larger than the small critical loss. Therefore, such a price increase would not be profitable and the market would have to be enlarged. However, one has to take into account that a high margin at the starting price implies that the price elasticity of demand at this price is low, *i.e.* consumers are not particularly price sensitive. Therefore, a small increase in price should be associated with a small loss in demand. The large margin at the starting price and the large losses caused by a price increase could be an indication that the price has already been raised above the competitive level. If this were the case, the firm already possesses market power and the market should not be enlarged.⁶⁰

There is considerable debate on the proper application of the critical loss analysis in merger cases.⁶¹ It has been pointed out that the hypothetical monopolist controls several products that are not necessarily perfect substitutes but could be differentiated products. In such instances the substitution between the products as characterised by cross-price elasticities and diversion ratios has to be taken into account when calculating the critical loss.⁶²

For example, if a hypothetical monopolist over the products 1 and 2 would increase the price of product 1, then a fraction D of the reduced demand would be diverted to product 2 and the actual loss would be only the lost sales not recaptured by product 2. In the case of a uniform price increase for both products (or for all products in the candidate market if there are more than two) the aggregate diversion ratio D indicates the fraction of lost sales that are recaptured by all other products under the control of the hypothetical monopolist. Thus, the actual loss is given by $(1 - D)S\varepsilon$. Using the Lerner index, this can be

⁵⁹ For the derivation of the formulas see Werden (1998).

⁶⁰ For a discussion of this argument see Farrell and Shapiro (2003) or O’Brien and Wickelgren (2003).

⁶¹ See for example Coate and Simons (2009), (2010a) and (2010b), Coate and Williams (2005) and (2008), Daljord *et al.* (2007), Farrell and Shapiro (2008) and (2010), Katz and Shapiro (2003) and (2004), and O’Brien and Wickelgren (2003) and (2004), as well as Scheffman and Simons (2003).

⁶² See Farrell and Shapiro (2003) or O’Brien and Wickelgren (2003).

written as $(1 - D)S/m$.⁶³ This actual loss is smaller than the break-even critical loss, *i.e.* a relevant market is defined if the following condition holds:⁶⁴

$$D \geq \frac{S}{S + m}.$$

This condition is easier to satisfy if the margin is high and/or if the aggregate diversion ratio is large, *i.e.* if the hypothetical monopolist is able to recapture a larger share of the demand lost by an increase in the price of one of its products.

The condition differs if instead of the break-even critical loss the critical loss for a profit-maximising hypothetical monopolist is considered. For a linear demand function, this condition becomes

$$D \geq \frac{2S}{2S + m}.$$

To implement the HMT by critical loss analysis, it has to be checked whether all the assumptions that underlie the derivation of the formula that is to be applied are satisfied.⁶⁵ For example, the derivation of the formula implicitly assumes that the marginal cost of the hypothetical monopolist remains constant. Also, the total cost function and the demand function is assumed to be continuous. However, if for example substantial amounts of fixed cost could be saved by a reduction in output (for instance by closing a plant) or if the demand function exhibits a kink at the prevailing price (because the elasticities for different uses of the product differ substantially), application of the formulas would lead to overly broad markets. In such cases, the HMT should not be implemented by a critical loss analysis and the test has to be adapted to the specific facts of the case.⁶⁶

Provided that all the underlying conditions for the application of the critical loss analysis are satisfied, the HMT can be implemented by employing this analysis. Application of critical loss analysis, however, requires a detailed study of the substitution behaviour of consumers, *i.e.* an estimate of diversion ratios and of the firms' margins. There is some controversy concerning the use of critical loss analysis to implement the HMT for market definition.⁶⁷ If the necessary information to carry out a thorough critical loss analysis is available, that is diversion ratios and margins are known, this information in itself would almost be sufficient to estimate market power directly without defining a relevant market in the first place.

3.2.4. *The HMT in monopolisation or abuse of dominance cases*

In merger cases, the usual benchmark price the analysis starts from is the prevailing price. This is because in merger analysis the question is whether a merger will create or increase market power. The analysis focuses on possible future effects of the merger as compared to the current situation and increases

⁶³ The Lerner index implies that $\varepsilon = 1/m$.

⁶⁴ If the price of only one product is increased, the condition is given by $D \geq x/m$. (see Daljord *et al* (2007)). This relates to the question of how the hypothetical monopolist would increase the prices of the products in the candidate market. For extensions of the critical loss concept see for example Katz and Shapiro (2008) or ten Kate and Niels (2010).

⁶⁵ This includes the shape of the demand function if the profit maximising critical loss is to be calculated.

⁶⁶ See Werden (2008).

⁶⁷ See for example Baker (2007), Carlton (2007), and Coate and Fischer (2008), as well as Coate and Williams (2007).

of prices above the currently prevailing level are considered.⁶⁸ The analysis in merger cases therefore is in general prospective.⁶⁹ In monopolisation cases or in cases of an abuse of a dominant position, the potential anticompetitive effects may already have occurred. As a result, the analysis may be retrospective and the prevailing price may already be higher as compared to the but-for price.⁷⁰ A mechanical application of the HMT in retrospective harm cases, taking the prevailing price as the benchmark price could lead to overly broad markets and an underestimation of a firm's market power. This is known as the *cellophane fallacy*.

Box 4. The Cellophane Fallacy

The Cellophane Fallacy is a well-known and generally accepted critique of the SSNIP test. Its name is directly linked to the US Supreme Court case in *United States v. El du Pont de Nemour and Co.*,⁷¹ in which the Court accepted an overly broad definition of the relevant market thereby failing to detect du Pont's market power.

At the time du Pont was the sole manufacturer of cellophane. Accused of violating Section 2 of the Sherman Act, and more specifically of monopolising the interstate commerce for cellophane, the company argued that the relevant market consisted of flexible wrapping materials (such as aluminium foil, wax paper, saran paper and polyethylene) rather than just cellophane, as claimed by the Department of Justice. The choice of the relevant market was of great importance given that it led to substantially different market shares, less than 20% for the broad market and over 75% for the narrow market respectively.

First the District Court, and later on also the Supreme Court leaned towards the arguments submitted by du Pont and ruled that within the broadly defined market of flexible wrapping materials, the company did not possess substantial market power. Analysing interchangeability between products, the Supreme Court introduced the use of cross elasticity of demand. Having found that it was very high, the Court concluded that the inclusion of other products in the relevant market was justified.

The Court's decision has been subject to extensive criticism because of its failure to recognise that the prices on which the market definition was based were already tainted by the infringement. In other words, the market definition proceeded prospectively, as if in a merger case, not taking the (at least partial) retrospective effects of the alleged infringement into account. As prevailing prices above the competitive level were used, a high degree of substitutability between cellophane and other wrapping materials was found and a larger market definition was erroneously embraced.⁷²

⁶⁸ A notable legal exception is the US where prevailing prices pre-merger can be adjusted downwards if the authority suspects co-ordinated behaviour. Presumably the idea is that co-ordinated behaviour will eventually break down and current prices should therefore not be used. As a general principle it should, however, be clear that a competition law infringement will not allow the authority to go beyond remedying the identified infringement or prohibiting the merger. This implies that analytically the market should be defined based on prices that are not (yet) affected by the effects of the merger or conduct.

⁶⁹ Other obvious exceptions are merger regimes without (pre-) notification procedure where a merger may already be consummated for some time before it is investigated. A merger could also prevent a price from falling – this is in principle also a prospective analysis as the prevailing price is compared to the expected future price.

⁷⁰ This is of course identical to the co-ordinated behaviour problem in merger analysis or the consummated merger issue mentioned above.

⁷¹ *United States v. El du Pont de Nemours & Co* 351 US 377 [1956].

⁷² The problem of the cellophane fallacy is explicitly acknowledged for example by the EU and the UK in their respective guidance documents. The recognition of the problem also stopped the Commission from applying the SSNIP test in the Article 101 MasterCard case. See COMP/C.34.579, MasterCard, 19 December 2007.

If the currently prevailing price has already been increased substantially above the competitive level, consumers might consider products as substitutes that would not be substitutes at the competitive price level.⁷³ If a monopolist already charges his profit-maximising price, a further increase by 5% is certainly not profitable because otherwise the monopolist would have increased the price. In this case starting the HMT from the prevailing price will find that a profit-maximising monopolist will not impose a 5% price increase and thus that the candidate market is too small and further products have to be added. This would lead to smaller market shares and thus an underestimation of the firms' market power.

In principle, the solution to this problem is to use the competitive (but-for) price as a benchmark price in a retrospective competition analysis, not the currently prevailing price. In this case, the relevant market includes those products and regions that are substitutes at the price level prevailing in a competitive (but-for) market. If, however, the competitive but-for price is known, than market power can be inferred directly by comparing the actual and the competitive but-for price, *i.e.* measuring the margin. The appropriate counterfactual or but-for price is, however, in general not easy to determine.⁷⁴

In some competition laws such as for example under EU or German law, market definition in abuse of dominance cases has a dual function: First the market is defined to assess whether a firm has a dominant position where dominance is determined by certain market share thresholds and second, the effects of the alleged anticompetitive behaviour are examined. In this context, market definition and market shares are used to support the evaluation of possible anticompetitive effects.⁷⁵

The estimation of the competitive but-for price has an impact on the size of the relevant market. Starting the HMT from an estimated competitive counterfactual price that is more than 5% below the prevailing price, a price increase of 5% would be profitable, concluding the definition of the relevant market. If the difference between the estimated competitive price is smaller than 5%, a price increase of 5% has to be considered unprofitable and further products would have to be added to the candidate market, resulting in smaller market shares. This market definition exercise is aimed at identifying anticompetitive effects and is distinct from the market definition that is required to determine whether the firm in question is dominant.⁷⁶

It could also happen that the prevailing price is below the competitive price. This could be the case if the firm receives subsidies. If these payments cause the prices of products and services to remain at a level below the competitive price, a "reverse cellophane fallacy" could occur. Due to the artificially low prices,

⁷³ This is clear in case of a linear demand function where the price elasticity is an increasing function of price.

⁷⁴ For methods to evaluate market power using competitive benchmark prices see for example Hausman and Sidak (2007) or OECD (2012a).

⁷⁵ Until quite recently, a rather strict form-based approach was employed to assess anticompetitive behaviour, *i.e.* certain forms of behaviour were prohibited *per se* for dominant firms and the economic effects of this behaviour were not analyzed further. In the last years, a more effects based approach is employed, analyzing the economic effects of the allegedly anticompetitive behaviour on a case-by-case basis.

⁷⁶ The definition of the relevant market to assess whether a firm has a dominant position leads to a significant conceptual problem as market definition typically depends on the theory of harm. For analysing potential anticompetitive effects either the prevailing price, in case of a prospective theory of harm or an appropriate counterfactual (but-for) price should be chosen if the analysis is retrospective. For an 'objective' determination of whether a firm has a dominant position in a market, the price without market power, *i.e.* a price equal to the long-run marginal cost or average incremental cost should be used. While this distinction may be of limited practical relevance, it implies that at least in theory two distinct market definition exercises with two distinct defined markets in any single abuse of dominance case under EU law need to be conducted.

consumers are not willing to consider alternative products, which they would have accepted as attractive substitutes at a higher, competitive price. In this case, there is a risk to define the relevant product market too narrowly, as important substitutes are not included in the market. This could lead to an overestimation of market power.

The abuse of a dominant position or the attempt to monopolise does not necessarily imply a change in the price level. If a dominant firm attempts to exclude a smaller rival from the market by input foreclosure, this behaviour has no immediate effect on the market price. Only after the rival has been excluded, the dominant firm will presumably be able to charge a price substantially above the competitive level. In this case, the analysis is prospective similar to merger cases and the currently prevailing price should be the starting point for a SSNIP to define the relevant market.⁷⁷

As a general rule, the benchmark should be the price that would prevail absent the abusive behaviour. Estimating the counterfactual price allows determining the effects of an abusive conduct. This is quite distinct from the market definition that some laws require in order to determine whether the law actually applies to the firm at hand.⁷⁸ The determination of a benchmark price is often also controversial in private damages cases as it could have an impact on the size of the relevant market and thus on the calculation of damages. One way to assess the competitive price in practice is the use of comparable markets.⁷⁹ If a competitive market for the same product exists, for example in a different region or in another country, the price in this region could be taken as a proxy for the competitive price. A market that corresponds to the one in question in every respect (supply, demand, technology, preferences, income etc.) will, however, often be difficult to find. Further, the analysis must identify all the differences between the two markets and allow for these by additions or deductions.

Having defined a relevant market in a retrospective competition analysis a ‘consistency check’ should be undertaken. First, the market definition should be consistent with demand- and supply-side substitution, second, all the products in the market so defined should be substitutes at the prevailing price and third, the market definition should be plausible with respect to the characteristics and uses of the products in the market.⁸⁰

From a conceptual point of view and despite the practical difficulties, the HMT provides the right framework to define the relevant market in dominance and monopolisation cases as this test takes into consideration the most important competitive constraints.

3.3 *Alternative ways to define the relevant market*

Besides the hypothetical monopoly test, two other concepts of market definition have to be mentioned. The first one, the Full Equilibrium Relevant Market (FERM) test, can be considered as an extension of the HMT. The second defines markets according to consumers’ needs, is based mainly on the functional interchangeability of products and is a traditional form of market definition used in German legal practice.

⁷⁷ See Bishop and Walker (2010:128) and Werden (2000).

⁷⁸ In mergers there is obviously no such conflict as market definition is exclusively used to gauge the effects of the merger on competition. Market definition in Article 102 TFEU cases under EU competition law in contrast legally require a market to be defined in order to determine the applicability of the law distinct from the analysis of anticompetitive effects as already discussed above.

⁷⁹ See OECD (2012a) for an extensive discussion of different benchmarking concepts.

⁸⁰ Bishop and Walker (2010:129f). If there are several possible relevant markets, this check should be applied to all possible market definitions.

3.3.1 *The Full Equilibrium Relevant Market Test*

The HMT as defined in the US Merger Guidelines assumes that firms outside the candidate market do not react to the price increase of the hypothetical monopolist. This assumption is made to simplify the analysis and concentrate on demand substitution first and to analyse supply substitution at a later stage of the analysis. Firms outside the candidate market will in general, however, react to a price increase by the hypothetical monopolist. Therefore, the HMT is not an equilibrium test as these reactions are not taken into account – the HMT compares an equilibrium situation with a disequilibrium. The Full Equilibrium Relevant Market (FERM) test allows for pricing reactions of firms outside the candidate market.⁸¹ The prices set by the hypothetical monopolist and by the firms outside the candidate market are mutual best replies, *i.e.* the FERM test is an equilibrium test that considers the combined effects of demand and supply behaviour. In addition, the FERM supposes that the hypothetical monopolist maximises the joint profit of all the firms products in the candidate market, *i.e.* different price increases for different products in the candidate market are possible. The test has been applied to the computer server industry. The resulting relevant markets turned out to be smaller than those identified by the HMT as the firms outside the candidate market react to the increase in prices by the hypothetical monopolist by raising their prices as well which increases the profitability of the first price increase.

From an economic point of view, the FERM test is a very attractive concept as it considers the strategic behaviour of all participants. Its application, however, requires assumptions about the nature of competition in the market at the first stage of the competition analysis which could lead to controversy.

3.3.2 *Markets based on consumers needs*

This type of market definition, known as the “Bedarfsmarktkonzept” is the traditional approach to market definition employed in German legal practice. Under this concept, products are assigned to the same relevant market if they are functionally interchangeable, exhibit similar physical characteristics and if their price levels are comparable.⁸² All these criteria are, however, not directly relevant for the central question that market definition tries to answer: What are the competitive constraints a firm faces? Two products need not be entirely (or even largely) functionally interchangeable to impose competitive constraints upon each other, nor must they exhibit the same physical characteristics.⁸³ What is important is the impact of those properties on substitution behaviour. Even substantial price differences are no clear indicator that the products belong to different markets. If the goods differ in quality or durability, a durable high-quality product may be a close substitute for a considerably cheaper but low-quality and short-lived one.

While this test may provide useful indications as to which group of products may be substitutes in a relevant market defined in an economically meaningful way, it is not apt to answer the central questions of market power and the competitive constraints placed on it by substitutes.

⁸¹ See Ivaldi and Lörincz (2005) and (2011).

⁸² "Such functional interchangeability does not carry as its central aim the ultimate task of identifying market power, as the products' attributes only contain relevance inasmuch as that they influence the extent of competition in between commodities and locations. Consequently, a market definition based upon irrelevant product characteristics may lead to distorted conclusions of the firms' market power". Camesasca and van den Bergh, (2002:158).

⁸³ For example technology used in the production of a completely different product may be reconfigured to produce a substitute that exerts competitive constraints.

3.4 Conclusion

From an economic point of view the hypothetical monopolist test is the correct conceptual framework to define a relevant market as a first step in a competition analysis. It allows determining the competitive constraints a firm faces. If sufficient data about the substitution behaviour of consumers and also on profit margins is available, the HMT can be implemented by a critical loss analysis. In cases of monopolisation or abuse of dominance, market definition is more complicated on a conceptual level as in merger cases as it has – at least in some jurisdictions – a dual function, *i.e.* to determine whether a firm has a dominant position and to support the assessment of possible anticompetitive effects. Determining anticompetitive effects is difficult in particular in retrospective cases where the starting price for the HMT should be the counterfactual price as the prevailing price may result in an overly broad market. If comparable markets can be found, the prices on these markets could be used as the counterfactual.

Even if the HMT is carried out correctly, the predictive power of the market shares and concentration measures might, however, be different for different types of markets. In the next section markets with distinct features that are often encountered in competition analysis but where market shares and concentration measures might not be particularly informative are discussed. In markets with differentiated products where the direct competition between products is decisive, in bidding markets where the intensity of competition between bidders is important, in two-sided markets with indirect network effects or in highly dynamic and innovative markets where competition might be characterised as competition “for the market” rather than “competition in the market”, market shares may allow drawing no or only very limited inferences about market power and competitive effects. In these cases, thresholds and safe harbours based on market shares as a first screen to discriminate between unproblematic and problematic scenarios, may over- or underestimate the market power of firms and the potential competition effects. In these cases employing alternative concepts as screening devices that have a higher predictive power than market shares should be considered. This, however, does not imply that the definition of the relevant market should be abandoned. As was pointed out before, market definition serves several other important functions in addition to providing a simple proxy for market power.

4. Market definition for specific types of markets

In what follows we consider some markets with specific features that require adaptations of the standard version of the HMT. In particular, markets are discussed where it is difficult to assess boundaries or where the nature of competition in the market leads to market shares that are only weak indicators of market power.⁸⁴

4.1 Price discrimination markets

Some markets are characterised by substantial differences between consumers for example concerning their willingness to pay, their location with respect to suppliers or their ability to substitute. Such differences may enable the seller to engage in price discrimination, *i.e.* charge different price-cost margins to different groups of buyers. This has to be taken into account when applying the HMT. If a profit-maximising hypothetical monopolist were able to increase the price charged to a specific group of consumers by 5% to 10% and to continue charging that price for a considerable period of time, the relevant market would have to be defined not only by the products and regions but also by the group of consumers in question.⁸⁵ However, such price discrimination is feasible only if several conditions are satisfied. First of

⁸⁴ For analytical reasons, these specific features are treated separately – in practice a mix of the different features might occur, such as systems markets with many differentiated products sold to different consumer groups at different prices.

⁸⁵ See for example Geroski and Griffith (2003:9), Werden (1983:529) or Werden (1984:662).

all, arbitrage between the various groups of buyers has to be excluded as this would render price discrimination impossible. In addition, the hypothetical monopolist must be able to identify the various groups of consumers, the price difference between groups should be substantial and these groups should be of important size. In these cases, the HMT should be applied not only with respect to the product but also with respect to the group of targeted customers.

Price discrimination could also be an issue with respect to geographic market definition if the hypothetical monopolist could charge customers different prices according to their location. In this case, the geographic market would have to be defined with respect to the location of customers.⁸⁶

In practice it is often difficult to establish whether these conditions, in particular the hypothetical monopolist's ability to identify the different groups, are met. Nevertheless, if price discrimination is common practice in relation to the good in question, it is highly likely that a hypothetical monopolist would also engage in price discrimination. In such cases, account should be taken of the various groups of buyers subject to price discrimination when defining the relevant market.⁸⁷

4.2 Aftermarkets

Market definition could become more complex where products are used only in combination with other goods such as printer cartridges or spare parts for cars. Typically, the consumer buys a primary product, such as a car or a printer, and subsequently purchases another, secondary good without which the first is of little or no use, *i.e.* the primary and secondary products are complements and form a system that works properly only if it comprises both products.⁸⁸ It should be noted that aftermarket issues also arise in franchise relationships, where the primary product is the franchise or the associated label.⁸⁹ Often, a consumer who has bought a certain primary product is extremely restricted in the choice of a secondary product. This may be the case for reasons of compatibility, technical specifications or intellectual property rights. For instance, only certain cartridges will be compatible with a particular type of printer. As a result, the consumers are “locked in”. In such situations the question arises whether the markets for primary and secondary products can be defined in isolation or whether a combined market comprising the two complementary products, *i.e.* a ‘systems market’ should be considered. In many cases, the producer of the primary good is also one of the very few suppliers. It may even be the case that the producer is the only supplier of a secondary good under the proprietary brand of the primary one, if competition from other secondary products is precluded. As a result, if the market for the secondary good, called the “aftermarket”, were separately defined as the relevant market, the market shares identified would be large and thus seemingly imply market power.⁹⁰

It is, however, questionable whether even a 100% market share in the aftermarket is a clear indication of market power. If the supplier of the secondary product could exploit the lock-in of consumers in the

⁸⁶ In the US Merger Guidelines, the HMT in this case is described as follows: “The hypothetical monopolist test requires that a hypothetical profit-maximising firm that was the only present or future seller of the relevant product(s) to customers in the region would impose at least a SSNIP on some customers in that region. A region forms a relevant geographic market if this price increase would not be defeated by substitution away from the relevant product or by arbitrage, *e.g.* customers in the region travelling outside it to purchase the relevant product. (US Merger Guidelines, sect. 3).

⁸⁷ Maisel (1983:55-57). If there is price discrimination, defining the relevant market may, however, prove difficult in practice. (Hausman *et al.* (1996)).

⁸⁸ Bauer (2006); Hovenkamp (1993).

⁸⁹ Klein (1999).

⁹⁰ See for example Motta, (2004:111-113), Shapiro, (1995), or Shapiro and Teece, (1994).

aftermarket by charging a price substantially in excess of the competitive price, this would constitute evidence of market power. Whether such excess prices can be charged depends on the competitive constraints faced by the supplier of the primary product. A rational consumer⁹¹ will take the cost of the secondary product into account when buying the primary product, especially if the price of the secondary product accounts for a large share of the total price of the system or if the secondary product frequently has to be replaced. As the two products are complements, an increase in the price of the secondary product reduces demand for the corresponding primary product, provided that the consumers have a sufficiently wide choice of substitutes, *i.e.* if there are tight competitive constraints imposed on the producer of the primary product. The seller will not increase the price of the secondary good if the consumers' choice of the primary good also depends on the price of the secondary good and a higher price would encourage them to purchase a different primary good. In this case, the manufacturer of the primary product cannot exercise any market power in the aftermarket and a distinct relevant market for the secondary product does not exist. Therefore, primary and secondary products should be considered as a system and the HMT should be applied to systems and not to primary and secondary products separately.⁹²

A different situation arises if for each primary product there are several secondary products available that are incompatible with other primary products. In this case, the HMT should be applied to the primary products and separately for each group of secondary product compatible with each primary product. In this case the manufacturer of the primary product could exercise market power in an aftermarket depending on the competitive constraints in the market for the primary product.

A systems market might also not be the appropriate approach if there are several primary and secondary products where the secondary products are compatible with the primary products. In this case consumers could choose any combination of primary and secondary products. The supplier of a primary product has in general no market power in the aftermarket and separate markets for the two products can be assumed.

While in case of price discrimination and in aftermarkets the hypothetical monopolist test can be employed in almost the same fashion as in the standard case, this is not the case for markets with differentiated products where substantial problems can arise.

4.3 Cluster markets

Markets where several goods are jointly demanded and supplied are referred to as cluster markets in the literature. Cluster markets are characterized by transaction complementarities between the various components of a bundle of products or services.⁹³ Transaction complementarities arise when a consumer incurs lower transaction costs if he buys several products from one firm, instead of buying each product from a different firm. Put differently, a customer's willingness to pay for the products will be higher if he buys them as a bundle instead of purchasing each good separately. Thus, transaction complementarities may be interpreted as economies of scope on the demand side that benefit consumers (and not producers). Transaction complementarities imply that consumers demand bundles of goods or services. This effect is being reinforced by possible economies of scope on the supply side, where it is efficient for a firm to

⁹¹ This rationality assumption is crucial for the arguments that follow and there is a growing literature in behavioural economics including the "shrouding" literature that would question the empirical accurateness of this assumption with corresponding repercussions for the conclusions drawn here. See for example Gabaix and Laibson (2006) or Heidhues *et al.* (2012).

⁹² If consumers are not taking the future costs of the secondary product fully into account or if a large group of customers has high cost to switch to a different system, market power in the secondary market could be exercised and a distinct aftermarket could be considered.

⁹³ Ayres (1985).

produce the goods or services jointly rather than separately.⁹⁴ Therefore, the relevant unit with respect to market definition is the bundle of goods or services that is demanded by consumers and supplied by producers. The components of the bundle may be substitutes as well as complements.⁹⁵

In practice, the concept of cluster markets has been applied to a range of markets in the US and in Europe, e.g. hospitals, comestibles, banks, and telecommunication services. The fact that bundles of goods or services are demanded and supplied in a market does, however, not affect the basic principle of market definition. In this context, the concept of substitutability or exchangeability applies to the bundle rather than to its separate components where a bundle of products or services serves as a first candidate market.⁹⁶

A market definition that is based on an isolated component of the bundle, ignoring transaction complementarities, would be too narrow. If the price of a component is raised while the prices of the other components remain unchanged, consumers will not immediately switch to substitute goods. In other words: The demand for the separate components of the bundle is less price elastic than the demand for the bundle as such. The reason is that consumers take into account the effect of the increase in the price of a component on the total price of the bundle. If the price of the component constitutes only a small fraction of the total price, a price increase will not imply any considerable decrease in demand. Due to the slight reduction in demand, one would expect that there are no alternatives available to consumers, and a separate market would be defined for the component. If further components of the bundle are taken into account, demand will become more price elastic. The reason is that other bundles are becoming more attractive. Without transaction complementarities, the price elasticity of demand would decrease with an increasing number of products. Thus, a market definition exercise that ignores transaction complementarities could lead to overly narrow markets.

The concept of cluster markets has been subject to criticism, since such bundles contain goods and services between which there is no supply or demand substitutability. Therefore, cluster markets may merely serve to simplify the analysis. Thus, only a small number of separate markets will have to be defined e.g. for various care or banking services if market shares and entry conditions are similar, or if, in the case of missing data, market definition is based on e.g. the number of hospital beds. Cluster markets may, however, result in a deficient market definition if competition between the producers of part of the products restrict the range of possible prices available to the suppliers of the bundle.⁹⁷

4.4 *Markets with differentiated products*

Product differentiation usually occurs in two distinct ways. The first type of differentiation occurs with respect to the attributes of the product, including design, colour, brand or any other specific feature that may appeal to the differing tastes and preferences of consumers. Products differentiated along these lines often appear densely packed over a wide range of attributes and prices without any obvious gaps in the chain of substitution. The second type of differentiation refers to the location of the product or service. This is important in cases such as retail stores, movie theatres, petrol stations or hospitals.⁹⁸ Depending on

⁹⁴ Boadwee (1986).

⁹⁵ Ayres (1985:111).

⁹⁶ Briglauer (2007), 328, Gual (2003:44).

⁹⁷ Baker (2007).

⁹⁸ On hospitals and the importance of travel cost for the competition analysis of hospitals see OECD (2012b).

the location of the consumer, the attribute and the price of the product, consumers can choose from different suppliers incurring different transport cost.⁹⁹

Two problems with respect to market definition in the case of differentiated products can arise. The first concerns the continuity of the substitution chain in cases there are no clear gaps or stark distinctions between products or if suppliers are densely and evenly distributed in space. This renders the identification of the boundary of the market by the HMT difficult. In such instances, markets will tend to be defined broadly yielding small market shares that would understate market power.¹⁰⁰

The second problem is due to the binary nature of the market definition exercise that classifies products as either “in” the market or “out” of the market. It implies that all competitors in the market are effective competitors offering perfect substitutes while those outside the market do not impose any competitive constraints on the products in the relevant market at all.¹⁰¹ Such an approach will overstate the impact of imperfect substitutes in the relevant market and understate the competitive constraints posed by imperfect substitutes outside the relevant market. The market definition/market share approach gauges the competitive constraints that one product imposes on the others in the candidate market by the size of its market share and not by the intensity of competition. This is an acceptable proxy if market shares convey at least some information about the intensity or closeness of competition.

The intensity of competition between two products A and B depends on the diversion ratio between A and B. As the market shares reflect the first choice preferences over the products in a differentiated products market, the market share of product A indicates the fraction of consumers who prefer A over all other products in the relevant market. The diversion ratio with respect to product B specifies how many consumers would switch to B in case of an increase in the price of A. These are the consumers that have B as their second choice. For example a diversion ratio of 33% with respect to product B implies that one third of the sales of product A lost due to the price increase goes to product B. The higher the diversion ratio, the more intense is the competition between the two products. Market shares in a differentiated products market are thus an indicator of the intensity of competition only to the extent that they are proportional to the diversion ratio. This holds, however, only under the special condition that all products in the relevant market are “equally differentiated”, as has been shown by Willig (1991).¹⁰²

This is of course an inadequate assumption in many cases. Generally, a relevant market will be comprised of closer and more distant substitutes, *i.e.* products that compete with varying degrees of intensity quite unrelated to the market shares. As a result, the effects of a merger will in general depend on the closeness of the products of the merging firms and not primarily on their respective market shares.

⁹⁹ Whether these are indeed costs of travelling to a hospital located further away or shipping costs in case an item is mailed is not relevant.

¹⁰⁰ Werden (1997:368).

¹⁰¹ Diversion ratios can be considered a continuous variable approach to this problem whereas market definition uses an approximation based on a simple indicator function that takes only the values 1 (in the market) or 0 (out of the market). A more general indicator function would allow the weighing of product shares in the market according to their competitive impact. Using more general indicator functions would allow to capture the idea of Evans (2010) to use “soft market boundaries” for market definition. From a formal point of view, markets would become “fuzzy sets”. For applications of fuzzy set theory to antitrust and market definition, see Mansur (1995:164).

¹⁰² It can be shown that this holds if the preference ordering over two goods does not depend on the availability of a third product, *i.e.* if the so-called independence of irrelevant alternatives assumption (ii) is satisfied. See Hausman (2010).

4.4.1 Unilateral effects in differentiated product markets

In general, unilateral effects can be described by the change in the quantities and prices in an oligopolistic industry caused by the loss of competition between merging firms. These effects can occur in different types of markets, *e.g.* with competition in quantities or capacities, or in auction and bidding markets. They are most pronounced in markets with differentiated products and price competition.

Unilateral effects in those markets can be explained as follows. Consider a market with differentiated products with n single product firms producing at constant marginal cost c_i . From the first order condition of profit maximisation, the Lerner condition yields $(p_i - c_i)/p_i = 1/\varepsilon_i$ for all firms in the market where ε_i denotes the price elasticity of the demand function for firm i .

A merger between firm 1 and 2, however, changes the profit maximisation problem for these firms. Before the merger, they choose their prices independently, not taking into account the positive externality that a price increase of firm 1 would have on firm 2 as some of the demand that firm 1 would lose because of the price increase is diverted to firm 2. The same argument applies to firm 2. After the merger, the competitive constraint that each firms' product has imposed on the other is eliminated and both firms can internalise this externality. When choosing their profit maximising prices *post* merger, they will take into account that some of the lost demand by one firm is recaptured by the other. *Pre* merger, a price increase of p_1 by Δp_1 would lead to a loss of profit for firm 1 with a value of $(p_1 - c_1)\Delta Q_1$ where ΔQ_1 denotes the reduction in the quantity sold by firm 1. After the merger, the loss is less as some of the consumers of product 1 will be diverted to the product of firm 2, which will increase the profits of firm 2 by $\Delta Q_2(p_2 - c_2)$, the additional demand denoted by ΔQ_2 multiplied with the profit margin of firm 2, $(p_2 - c_2)$. *Pre* merger, the price of firm 1 was chosen optimally given that none of the lost profit was recaptured. As *post* merger, profit recapture is positive, firm 1 has an incentive to increase the price. The same reasoning applies to firm 2. Thus, *post* merger, the merged firm will choose the profit-maximising prices resulting in an increase in the prices of both products. This holds for all mergers of price-setting firms in markets with differentiated products, *i.e.* also a merger of producers of more distant substitutes has the potential to harm competition.¹⁰³ The strength of the incentive to increase prices, however, depends positively on the amount of sales diverted to the other product and on the profit margins of firm 1 and 2. The larger the diversion ratios and the larger the profit margins, the larger is the incentive to increase prices.¹⁰⁴

This type of unilateral effects analysis is not an equilibrium analysis as the price reactions by the non-merging firms in the relevant market are not considered.¹⁰⁵ As prices are strategic complements under Bertrand competition with differentiated products, firms have an incentive to raise their prices if the merging firm has increased the prices of its products, albeit to a lesser extent. This again creates an

¹⁰³ As prices in a differentiated products Bertrand-game are strategic complements, *i.e.* the best-reply functions of the firms have a positive slope, the best reply to a price increase by a firm is to increase price as well.

¹⁰⁴ A similar argument holds for products that are differentiated in space where diversion of customers occurs from one location to another. These diversion ratios are determined by travelling time and transport cost.

¹⁰⁵ Of course, non-merging as well as merging firms could react not only by changing prices but also by repositioning their products. Or the price increase could trigger market entry. As repositioning and market entry are generally analysed after the relevant market is defined, it will not be considered here. For an intuitive equilibrium derivation of prices before and after a 3 to 2 merger with horizontally (but equally) differentiated products in a Bertrand setting see Maier-Rigaud and Parplies (2009).

incentive for the merged firm to increase prices a bit further etc. Thus, the unilateral effects analysis tends to underestimate the incentive to increase prices.¹⁰⁶

As the description of unilateral effects in a market with price competition has shown, the closeness of the substitute products as measured by the diversion ratios can be more important for the incentives to increase prices and thus for the competitive effects of mergers than the size of the firms market share.

If it were known that the diversion ratios between the products of the merging firms are proportional to the market shares, than the shares of the merging firms and the change in the HHI induced by the merger could be used as an indicator of unilateral effects.¹⁰⁷

As has been demonstrated by Baker, in highly concentrated markets, share-based diversion ratios will in general not cause large deviations with respect to the predicted price effects of a merger. “Put differently, errors in measuring the diversion ratios that arise from using market shares as a rough proxy for them are unlikely to be large enough to make implausible the inference that prices will rise non-trivially following this merger when market shares are so high, absent additional information showing that switchers from each merging firm would rarely prefer the product sold by the other firm.”¹⁰⁸

This indicates that market shares, the level and the change in concentration can be employed as proxies for the competitive effects of a merger in markets with price competition and differentiated goods only if either diversion ratios are proportional to market shares or if the market is concentrated and the shares of the merging firms are substantial.¹⁰⁹ But unilateral effects may occur also in less concentrated markets when the firms that merge are close competitors. In these cases market shares and the change in concentration induced by a merger are often not a reliable indicator of the competitive effects. In those markets, two mergers with identical changes in the HHI could lead to substantially different magnitudes of unilateral effects depending on the intensity of competition between the merging parties. As a result, information about the diversion ratios that provide information on the competition between the firms is of higher importance for the competitive effects than market shares or changes in the level of concentration.¹¹⁰

4.4.2 *Unilateral effects in markets with quantity or capacity competition*

Unilateral effects can also arise in markets where firms produce homogeneous goods and compete in quantities, for example glass, cement or steel. A merger of two firms in such a market will eliminate competition between them. In the pre-merger situation, neither of the firms will have taken account of the

¹⁰⁶ To analyse the change in the industry equilibrium taking into account the price reactions of non-merging firms, merger simulation models can be employed that also take such effects into account.

¹⁰⁷ In this case, the diversion ratio between two products 1 and 2 is proportional to $s_2/(1 - s_1)$, where s_1 and s_2 denote the market shares of the respective products. For small values of s_1 this can be approximated by $s_2(1 + s_1)$. For the diversion ratio between products 2 and 1 the analogous result is $s_1(1 + s_2)$. Adding both expressions yields $s_1 + s_2 + 2s_1s_2$, the sum of the market shares plus the change in the HHI, *i.e.* the post-merger level of the HHI. See Shapiro (2010:721). Monte Carlo simulations of mergers using the Antitrust Logit Model (ALM) where the independence of irrelevant alternatives is satisfied and diversion ratios are proportional to market shares have shown that the increase in the HHI is a far better predictor of the price and welfare effects of a merger than the combined share of the merging firms or the level of the HHI *post* merger. See Werden and Froeb (1996:75f.).

¹⁰⁸ Baker (2010:23).

¹⁰⁹ Of course this presupposes a correct market definition.

¹¹⁰ Baker (2010:24f.).

positive external effect a quantity reduction would have for the other firm. A quantity reduction by firm 1 leads to an increase in the market price of the good and thus an increase in the profits of firm 2 and *vice versa*. As the merger will internalise these externalities, the merged firm will supply a smaller quantity as compared to the situation *pre* merger, which in turn leads to a higher market price.

Non-merging firms will react to the quantity reduction by the merging firms by expanding their quantities, albeit to a lesser extent because quantities are strategic substitutes.¹¹¹ This reinforces the incentives to reduce quantity by the merged firm etc. Considering only the quantity reduction by the merged firm would thus overestimate the competition effects of the merger as the partly compensating quantity expansion by the non-merging firms is not taken into account. Therefore, measuring the increase in concentration by the delta of the HHI ($2s_1s_2$) overestimates the size of the merged firm and can only be considered an approximation.¹¹² As explained in section 2.3 above, in markets with homogenous product Cournot (quantity) competition, the effects of mergers depend on market shares, the level of concentration and the change in concentration as measured by the HHI.¹¹³

A similar analysis would also apply in case of a two stage game where firms chose capacities in a first stage and then compete in prices afterwards. This situation has been shown to be equivalent to a Cournot model with quantity competition as the firms, when choosing their capacities anticipate that they will compete in prices and will therefore choose capacities that are subsequently fully utilised.¹¹⁴ Therefore, the above analysis applies also to cases where capacities are chosen first and competition is then based on prices.

Thus, in markets with competition in quantities or capacities, market definition and measures of concentration are useful tools as there is a clear relationship between these indices, market power and changes in market power.

4.5 *Bidding markets*

Bidding markets appear in a wide variety of forms. A common characteristic is that firms compete by submitting bids in response to tenders by buyers. To define a relevant market in such a situation using the HMT might lead to some conceptual problems:

“Market definition by use of the SSNIP test (small but significant and non-transitory increase in price test) can sometimes be difficult in markets characterised by bidding processes for two reasons. First, the price is different potentially for each contract. The same is true in any other market in which prices are set individually for each contract. Second, there is no obvious price on which to add the SSNIP since competition occurs simultaneously rather than through sequential

¹¹¹ Of course this response is conditional on firms not being capacity constrained. The term strategic substitutes implies that a change in a decision variable of one firm, for example quantity, leads to an inverse reaction on the part of the other firms with respect to this variable. Stated otherwise, the best-reply functions of the firms have a negative slope. Strategic complements imply that the change has the same direction, *i.e.* an increase in price by one firm will allow for an increase in price also by other firms, *i.e.* best-reply functions have a positive slope.

¹¹² See Farrell and Shapiro (1990). However, as Werden (1991) has shown, this problem would not arise if shares are based on capacities instead of output as the former do not adjust after a merger at least in the short run.

¹¹³ This has also been pointed out by Froeb and Werden (2011:6).

¹¹⁴ See Kreps and Scheinkman (1983) – additional conditions have to be satisfied for this result to hold, *e.g.* rationing must be optimal. For a discussion see Davidson and Deneckere (1986) and Osborne and Pitchik (1986).

moves. Notwithstanding these difficulties, the notion of substitutability which underlies the SSNIP test can be used in defining the relevant market. Non-price factors can help to identify the extent of substitutability on both the demand and supply side. These may include inter alia distinct product characteristics and uses, unique production facilities or processes, distinct purchasers, specialisation of sellers and the views of industry participants."¹¹⁵

To identify the competitive constraints a hypothetical monopolist faces, more weight has to be placed on identifying the (potential) market participants, *i.e.* those suppliers that have the capacity to compete for the contract and can participate in future bidding competitions.

There is a large variety of bidding markets covering a wide range of possible situations. In its purest form, a bidding market has been characterised by Klemperer (2008:586) as exhibiting four characteristics. First, competition is of the "winner takes all" type meaning that there is no smooth demand function, *i.e.* no relationship between price and quantity. Second, competition is lumpy as contests are large with respect to the total sales of any particular firm. Third, competition begins afresh for each contract and customer and fourth, market entry is easy.

In this case, a bidding market comes close to a perfectly contestable market and can be characterised by a one-shot Bertrand-competition with a homogenous product. Here, *ex post* market shares have no particular relation to market power. An *ex post* market share of 100% and a high level of concentration in a perfect bidding market is in general no indication of competitive constraints during the bidding process. Therefore, market shares are only a weak indicator of market power and even a large market share is no clear indication of dominance.

Most bidding markets differ, however, from this ideal or pure bidding market in one or even all respects so that this argument does not apply in general. In multi-unit auctions, there could be several winners and also a negative relationship between quantity and price as for example in electricity or financial securities auctions. Also, the number of bidders can have an impact on the price.¹¹⁶ The assumption of independence between auctions is often not satisfied as the winning of one auction could have an impact on the chance of winning a second bidding process, for instance if an incumbent has a competitive advantage over other bidders. In case of incumbency advantages, a large market share could be indicative of market power. Finally, market entry could be difficult as for example competing for a large contract might require substantial investments, small scale entry might not be attractive if there are large competitors present or reputational effects could be vital.

If one or several of the conditions for a perfect or pure bidding market are not satisfied, bidding markets may not differ substantially from ordinary markets implying that the competition analysis does not need to be adapted. In a market with frequent and similar tenders, where firms bid for contracts to supply a certain product, the relation between the average winning bid and the number of firms participating in the market can be analysed. If the average winning bid is a declining function of the number of bidders, then the level of concentration could be considered as an indicator of the competitiveness of the market. If there are three or four bidders in the market, it could, however, turn out that the appearance of additional participants has no impact on the average winning bid. In this case, only a small number of participants may be sufficient for a competitive outcome and market shares and the level of concentration do not contribute much to the assessment of the competitiveness of the market. In case of only a small number of (equally sized) bidders, co-ordinated effects may be a concern.

¹¹⁵ OECD (2006:8).

¹¹⁶ Gupta (2002).

Another important aspect in bidding markets is the closeness or intensity of competition between bidders which is related to competition in markets with differentiated products. As Shapiro (2011:734) puts it: “To see the connection, consider a situation in which suppliers submit sealed bids to win a particular piece of business. The customer picks the most attractive bid, accounting for price, other terms and conditions, and differences among the suppliers in the products and services they offer, their reputation, etc. As a matter of formal economics, this is very similar to the situation just discussed, where suppliers set prices and each of many customers each picks his or her preferred product. In the bidding setting, each supplier tries to judge the relationship between its bid and the probability it will win the business. In the consumer products setting, each supplier tries to judge the relationship between its price and the number of consumers who pick its product.”

There also exist important differences between bidding markets and markets with differentiated products. While in markets with differentiated products, there is usually one price per product, in auction models one price per product per auction is assumed. This difference could be substantial as mergers in bidding markets generally produce no output effects.¹¹⁷

To assess the intensity of competition between bidders and to evaluate the competitive constraints imposed on a firm by other suppliers a win/loss or a frequency analysis could be employed. If the analysis shows that the two suppliers often compete in similar tenders but never submitted the lowest or second lowest bid, than the firms should not be considered close competitors. A merger would not lead to a price increase for the buyers as other bidders made more competitive offers. If in turn the two firms regularly submitted the most competitive bids, they have to be considered as close competitors. In this case, the merger could lead to a substantial reduction of competition.

If the bidding process can be characterised as an English or second price auction, the dominant strategy for each supplier is to make a bid according to its cost. The winner is the bidder with the lowest cost and is paid the second lowest cost. If the lowest and second lowest cost firms merge, the equilibrium price would increase to the level of the cost of the next most efficient supplier, *i.e.* the third-lowest cost. If the difference between the second and the third lowest cost is large, the merger could lead to a substantial price increase for the buyers. This holds even if the market shares of the merging firms are small.¹¹⁸ For example, assume that the lowest and second lowest bidder have costs of 15 and 18 and the third lowest bidder has cost of 25. *Pre* merger, the firm with cost of 15 would submit the lowest bid, would win the auction but would be paid 18 as it is a second-price auction. Before the merger, the customer thus pays a price of 18. After a merger of the lowest and second lowest cost firm, the bid of the merged entity would increase to 18 but it is paid 25, the cost of the third lowest bidder. The price for the customer thus increases to 25.

In contrast to markets with differentiated products where the closeness of products is determined by the cross-price elasticities of demand, “closeness of bidders in an auction model is determined by the frequency with which one draws the second-highest value when the other draws the highest value.”¹¹⁹

While market shares and concentration levels in a perfect bidding market are only a weak indicator of market power and competitiveness, many bidding markets differ substantially from this ideal. Market shares and concentration levels could be indicators of market power, for instance if incumbency effects are

¹¹⁷ See Werden (2006). As Froeb and Werden (2008:61f) point out, there are also significant differences between unilateral effects in bidding markets and unilateral effects in markets with differentiated products, for instance with respect to diversion and the effects of synergies.

¹¹⁸ The effects of mergers in different auction settings have been thoroughly analysed by Froeb and Werden (2008). Depending on the type of auction (private or correlated values, first- or second price etc.) the effects of mergers can substantially differ.

¹¹⁹ Froeb and Werden (2008:58).

present or if the average winning bid is a decreasing function of the number of bidders. Market shares and the level of concentration could also provide information about possible competitive harm caused by co-ordinated effects of a merger. In other bidding markets, however, inferences from market shares or the change in concentration with respect to the competitive effect of a merger cannot be drawn. Similar to markets with differentiated products, the closeness of competition is the most important factor.

4.6 *Two-sided markets*

Two-sided markets (or platforms) serve two or more distinct groups of customers that would like to interact but cannot do so without the platform. Examples of two-sided markets include *inter alia* online auction platforms, dating clubs, payment card systems, newspapers, video game platforms. A common feature of two-sided platforms is that the size of one group of customers, for example the number of sellers active on an online auction platform, has a positive impact on the utility of the buyers and *vice versa*. These effects are termed indirect network effects. A two-sided platform enables these groups to internalise the indirect network externalities thereby creating value for at least one side, something that would not be possible absent the platform.

Two-sided platforms can have different functions. They can facilitate exchange between members of different groups as for example in a credit card payment system where a larger number of credit card holders increases the demand from shops for the use of credit card terminals. Also most media markets can be considered a two-sided platform, for example newspapers and magazines selling content to the readers and advertisement space to firms. Profits from a larger audience and readers are influenced (positively or negatively) by the amount of advertisement.

To maximise its profit, a two-sided platform has to take into account the indirect network effects between the different groups to find the right balance between the two sides. An auction platform is not very interesting for potential buyers if there is only a small number of sellers present and *vice versa*. Therefore, a two-sided platform has to choose a price structure, that is, a price for both sides of the market that induces both groups to join the platform in the optimal quantity. Thus, not only the price level matters for the platform but the price structure has a considerable impact on the number of transactions. In two-sided markets, a change in the price structure affects the size of the two groups. Usually, an increase in the price for one side adversely affects the other side because it causes demand among the first group to fall. Because of the indirect network effect, the platform becomes less attractive to the other side and the demand will also decrease on this side.

Thus, the prices that the two groups are charged are highly dependent on the magnitude and direction of the indirect network effect. The group causing the greater indirect network effect will usually be charged a lower price than the one with the lesser network externality.¹²⁰ While these feedback effects restrict the platform's ability to raise its prices, they may cause the profit-maximising price to be considerably higher than marginal cost on the one side, and below marginal cost (or even negative) on the other. It would thus be misleading to focus on *e.g.* the market side charged the high price, since this would indicate market power where in fact there is none. As a consequence, in the case of two-sided markets, the fact that one group of buyers is charged a high price does not necessarily imply the existence of market power. Just as a high price on one side of the market does not imply that the price is excessive, a price below marginal cost does not imply predation.¹²¹

Another factor that determines the price structure of two-sided platforms is whether customers are active on one or on several platforms. If consumers use several platforms, this practise is called multi-

¹²⁰ See for example Rochet and Tirole (2006).

¹²¹ See OECD (2012a).

homing as for example, a firm that advertises in several newspapers. Such multi-homing restricts the platform's ability to raise prices above the competitive level. If no substitutes for the service provided are available to customers on market side A, but there is fierce competition on market side B, any attempt to increase profits by raising the price in market A will be counteracted by competition on side B. A platform's competitors can be either other platforms that supply similar goods or services or firms that merely serve one side of the market. In short, the market power of two-sided platforms is restricted both by the feedback effects between the consumer groups and by competitors on either side of the transaction. Prices above marginal cost on any side do not necessarily indicate market power, since account has to be taken of both sides of the market.

Because of the two sides of the market, the indirect network effects between the customer groups and multi-homing, the definition of the relevant market is more involved than in most traditional (one-sided) markets. If the indirect network effects are small or insignificant, a one-sided market definition is appropriate. Therefore, it is important to identify those two-sided markets where indirect network effects have a substantial impact, something that has for example been negated by some for payment cards.¹²²

If the indirect network effects between customer groups are substantial, a mechanical application of the HMT to only one side of a two-sided market could lead to an incorrect assessment of the competitive constraints a platform faces. A price increase of 5% on just one side of the market will reduce demand on this side but, due to the indirect network effect, also demand on the other side and this again has an effect on the first side etc. When implementing the HMT by a critical loss analysis, the profitability of a SSNIP should be assessed with respect to the critical and the actual losses on both sides of the market.¹²³ Otherwise, overly narrow markets with high market shares and high levels of concentration would result. A market definition that concentrates only on one side of the market disregards the competitive constraints exerted by the other, thereby missing the central purpose of market definition, namely the identification of competitive constraints.¹²⁴

When performing a HMT in a two-sided market, all the competitive constraints a hypothetical monopolist faces should be considered. Therefore, the SSNIP should be performed in such a way as to find the smallest set of products and regions that is worth monopolising. In a two-sided market, not only the price level but also the price structure is of importance and the question arises, how this affects the way a SSNIP test should be performed. This problem is similar to applying the SSNIP to a multi-product firm. It is useful to distinguish between platforms where transactions between members of different groups take place or where interactions are observable, as for example in the case of credit card payment systems or online-auction platforms and two-sided markets where no transactions between the members of the different groups actually occur or interactions are not observable, as for example in media markets.¹²⁵

In a two-sided market with transactions (or observable interactions), a fee for every transaction or a two-part tariff can be charged. For example, in a credit card payment system the cardholder and the merchant can be charged for every transaction and the price structure determines the number of transactions.¹²⁶ For two-sided markets with transactions, it has been suggested that the SSNIP should be

¹²² See for example Filistrucchi *et al.* (2012).

¹²³ A critical loss formula that applies to two-sided platforms has been developed by Evans and Noel (2005).

¹²⁴ Another question is whether both sides together should be considered as a single antitrust market or should be defined as separate markets, taking into account the indirect network effects at a later stage of the analysis. On this, see for example Evans (2010).

¹²⁵ Filistrucchi *et al.* (2012), Filistrucchi (2008a).

¹²⁶ See for example Rochet and Tirole (2006).

performed by increasing the price level, *i.e.* the sum of the two prices while the price structure should be adjusted optimally.¹²⁷

In a market without transaction (or with non-observable interactions), as for example in media markets, transaction-dependent prices are impossible and only a fixed fee could be charged.¹²⁸ In this case, the SSNIP should be performed differently as a separate increase in one price, optimally adjusting the price structure, would be preferable, *i.e.* a sequential procedure which takes account of the consumers' ability to substitute.¹²⁹

Irrespective of the market type, a price increase will induce feedback effects between the two consumer groups that may render the measure unprofitable. These effects have to be taken into consideration when applying the HMT. In addition, the fact that consumers will respond to a price increase by switching to substitute products that are supplied by other platforms, or by one-sided firms has to be considered.¹³⁰ In this context, it is important that both sides of the market are taken into consideration. Thus, the feedback effects between the two consumer groups may cause the substitution behaviour on one side of the market to be substantial enough to render a price increase unprofitable. Of course it may also be the case that a price increase will become unprofitable only after the substitution behaviour of both sides has been taken into account.

Considering the conceptual problems with respect to delineating markets for two-sided platforms, Evans (2012:35) concludes: "market definition analysis in such cases is likely to be more difficult in practice and subject to greater error than in cases involving only single-sided businesses."

These problems also have an impact on the interpretation and the indicative power of market shares and concentration in two-sided markets. On a conceptual level, market shares are only weak indicators of market power in two-sided markets. A large market share on one side of the market does not necessarily imply that the firm has pricing power. If consumers on the other side of the market multi-home, price competition on this side of the market is intensified.¹³¹ There is therefore no clear negative correlation between concentration and the competitiveness of a two-sided market. Market shares in two-sided markets should therefore be considered as especially problematic proxies for market power.¹³²

A different problem concerns the relation between concentration and welfare in two-sided markets. As it is known from one-sided markets with direct network effects, the size of the network has a positive effect on consumer welfare. Therefore, an increase in concentration that increases price could nevertheless lead to an increase in consumer welfare as the product becomes more valuable and consumers are willing

¹²⁷ See Alexandrov *et al.* (2011), Emch and Thomson (2006) or Filistrucchi (2008a). The price per transaction remains unchanged as this is chosen by the platform to maximise the number of transactions which is efficient behaviour.

¹²⁸ See for example the model by Armstrong (2006).

¹²⁹ See Filistrucchi (2008a) and (2008b). Alternatively, a uniform price increase on both sides of the market could be considered as in Evans and Noel (2008:675). In that case markets would be defined broader than under an optimal adjustment of the price structure.

¹³⁰ Evans and Noel (2008); Filistrucchi (2008a). Evans and Noel distinguish between short-run effects, where only the direct effects of an increase in price are considered, and long-run effects, where the feedback effects between the two groups of consumers are also taken into account. Filistrucchi, however, does not make a distinction between short-run and long-run effects as the HMT considers a non-transitory price increase.

¹³¹ Evans (2003:359).

¹³² Evans (2003:359).

to pay the increased price. If consumers' willingness to pay increases more than the price, consumer welfare will increase.

In two-sided markets, things are more complicated because of the indirect network effects between the two groups interacting on the platform. A merger between two platforms could change the price structure substantially and it could happen that the price on one side of the market increases while the price on the other side actually falls.¹³³ Also in two-sided markets the network effects might be strong enough to increase consumer welfare even if total price increases. A recent model of mergers in two-sided markets has demonstrated that mergers can be welfare enhancing if the indirect network effects are sufficiently large – otherwise, the traditional merger analysis applies and the merger decreases welfare.¹³⁴

Co-ordinated effects in two-sided markets could be considered as less likely compared to one-sided markets because co-ordination with respect to both sides of the market has to be achieved. If co-ordination occurs only on one side of the market, there is a tendency to compete away the profits from co-ordination on the other side. Therefore, more agreements and monitoring is required.¹³⁵

These considerations show that with modified and refined methods to implement the HMT, relevant markets for two-sided platforms can be defined. As market definition in these cases is considerably more complex than in one-sided markets, market shares can be measured only with a considerable degree of uncertainty. In addition, in markets with two-sided platforms and substantial indirect network effects, market shares, measures of concentration and changes in concentration will not be particularly helpful for an assessment of market power or the prediction of the competition effects of a merger. In these markets a more direct assessment of market power, for example by analysing the barriers to entry, seems preferable.

4.7 *Dynamic and innovative markets*

Some industries such as the media industry, telecommunications, biotech or medical technology are characterised by rapid technological progress. New products are developed, formerly separate functionalities are integrated into one product and process innovations lead to the entry of firms from other industries thereby increasing the competitive pressure on incumbent firms. These developments are often unpredictable, leading to the creation of new markets or the convergence of formerly separate markets. As a result, market boundaries may shift rapidly. Some of these dynamic industries can be considered as 'Schumpeterian' where through a 'creative destruction' the competitive position of firms can change very quickly. In such industries it is not the price that is the main competitive parameter but innovation or the introduction of a new superior product. Competition does not take place 'in the market' but 'for the market'.¹³⁶ In such markets "one firm may serve the entire market or at least a large portion of it for a period of time, only to be displaced by another firm with a leapfrogging technological innovation that delivers dramatically improved performance or dramatically lower cost."¹³⁷

Defining markets in highly dynamic industries raises some conceptual difficulties. The HMT is mainly based on the static concept of demand substitution. It considers to what extent the products that are currently available are substitutes. In industries with rapid technological change, however, new products

¹³³ Evans (2003:360).

¹³⁴ Leonello (2009) An empirical analysis of the Canadian newspaper market has led to similar results. See Chandra and Collard-Wexler (2009).

¹³⁵ Evans and Schmalensee (2007).

¹³⁶ Important factors that influence this type of competition are economies of scale, network effects or intellectual property rights. Baker (2007a).

¹³⁷ Kolasky (2002:3).

become available by definition, thereby increasing the substitution possibilities. In addition, process innovations can reduce the production cost of products that were formerly too expensive to be considered as viable substitutes for most consumers.¹³⁸ Therefore, applying the HMT with respect to the existing substitutes could lead to overly narrow markets because substitutes that might become available in the future cannot be taken into consideration.¹³⁹

Having defined the relevant market, the assignment of market shares could also cause some problems if a firm with a small market share introduces a new and superior product, while a firm with a larger share fails to improve its product. The future competitiveness of the small firm would obviously be much higher than the low current market share suggests.¹⁴⁰

In a Schumpeterian market where competition is rather ‘for’ than ‘in the market’ and where the winner takes all or most of the market, the winner of the competition becomes a dominant firm or even a monopolist implying a high market share. But even a market share of 100% does not necessarily imply substantial market power. “In these markets an efficient monopolist, constrained by overall market demand and the threat of entry, will often charge quality-adjusted prices that, while above marginal cost, are still below the prices that would be charged by a group of less efficient competitors. To an economist, the competitive process is working in these markets, even if it results in only one firm serving the entire market for some period of time.”¹⁴¹

In this highly stylized case, even a market share of 100% would not allow any inference about the market power of a firm. Therefore, one could argue that market shares should not be assigned according to the market outcome but on the capabilities of firms to compete in the market. If all firms have the same cost and could supply market demand, each firm could be assigned a market share of $1/n$ if there are n firms in the market.¹⁴² Here the problem might arise that the market participants are not known at the time of the market definition as new firms may enter the industry.

These problems with the definition of the relevant market and the fact that market shares are only a weak predictor of market power should not lead to the conclusion that mergers in dynamic markets are unproblematic. A merger between two firms could reduce the incentives to innovate and could thereby retard technological development to the detriment of consumers. The only conclusion is that this can generally not be inferred from market shares or changes in the level of concentration. As a result, a more direct approach to assess market power and to evaluate the effects of a merger should be employed in dynamic markets rather than the usual market definition / market share paradigm.

4.8 Conclusion - reactions to these problems

The discussion has shown that market shares in some types of markets are only a weak indicator of market power and also that the level of concentration in a market and, more importantly, changes in the level of concentration as measured by the change in the HHI do not add much to the competitive analysis of mergers or anticompetitive behaviour. In markets with differentiated products it is the closeness of

¹³⁸ Katz and Shelanski (2005:123).

¹³⁹ Therefore, markets should be defined more broadly projecting observable technological trajectories into the near future.

¹⁴⁰ AMC (2007:40).

¹⁴¹ Kolasky (2002). Of course, the underlying assumption is that the market is fully contestable, an empirically dubious assumption.

¹⁴² See Werden (2002:13) “Candidates for the assignment of $1/n$ shares include markets for technology and Schumpeterian industries, in which competition occurs largely through the introduction of new products or technologies and competition is apt to be more ‘for the market’ than ‘in the market’.”

competition rather than market shares that is of primary importance. The merger of two comparatively small firms can have substantial competitive effects if they are close competitors while a merger of larger firms could have a negligible effect on the price if the firms produce products that are weak substitutes. A similar argument applies to auction markets where the closeness of competition is the most important factor. In perfect auction markets or in dynamic markets where competition is “for the market” and not “in the market” even large market shares are not necessarily indicative of market power. In two-sided markets, the definition of the relevant market and the application of the HMT implies additional difficulties. The calculation of market shares may therefore not be very reliable. In addition, market shares on one side of the market are only weak indicators of market power as competitive constraints from the other side might limit any existing pricing power. Also, due to the network effects, the relation between concentration and consumer welfare in two-sided markets (as well as in other markets with substantial network effects) can be fundamentally different as compared to traditional one-sided markets.

Therefore, more direct approaches to assess market power and to evaluate the competitive effects of a merger or of abusive behaviour have been suggested to complement or substitute for the market definition/market share analysis. The first method suggested was the direct simulation of a merger by means of an empirical oligopoly model of the industry. It has turned out, however, that simple merger models often fail to capture the essential features of an industry and that merger simulation models require substantial tailoring to the specifics of the case at hand to allow reliable predictions of the competitive effects of a merger. Because of the high complexity of merger models tailored to the specific facts of the case, they are unsuitable as simple screens or initial step in a competition analysis. Therefore, other, simpler tools have been suggested that could be employed in those cases, where market shares and concentration levels are only weak indicators of competitive effects. Also in EU dominance cases a more effects-based approach has been suggested and the focus on thresholds to assess whether a firm has a dominant position has been questioned.

5. New concepts and possible alternatives to market definition

As discussed in section 4, a competition analysis based on market definition, market shares and concentration measures may not be particularly useful for certain types of markets or competition problems. In this section, we discuss the most prominent suggestions to substitute or complement the concentration-based approach by other tools. In the context of merger cases, two different, but related concepts are discussed, pricing pressure indices (PPIs) and merger simulation models. There is a certain overlap between these groups as more elaborate measures of pricing pressure come close to basic merger simulation models. An important difference between the two groups is how the behaviour of non-merging firms is modelled. While the PPIs assume that the behaviour of non-merging competitors does not change, merger simulation is based on oligopoly models that take price and/or quantity responses of non-merging competitors into account.¹⁴³ An alternative to PPIs and simulation models is the concept of compensating marginal cost reductions which considers the efficiencies necessary to neutralize the unilateral effects of a merger. Following the sections on PPIs and merger simulation models, we briefly discuss the direct effects approach suggested for the analysis in abuse of dominance and monopolisation cases. The last section draws conclusions with respect to the use of these tools in competition analysis.

5.1 Pricing pressure indices – UPP, UPP*, and GUPPI

In the last couple of years several new concepts and alternatives to market definition in particular for mergers in markets with differentiated products have been suggested. These concepts are based on the incentives for merged firms to increase prices *post* merger. Pricing pressure indices (PPIs) have attracted considerable attention and are controversially discussed in the competition community.

¹⁴³ Other reactions as for example product repositioning, market entry, capacity expansion or changes in the product quality are usually not considered in merger simulation models.

The first pricing pressure index suggested as an alternative to market definition is the “upward pricing pressure” (UPP) as proposed by Farrell and Shapiro in 2008. UPP was designed as a simple first “diagnostic test” for mergers particularly in markets with differentiated products and price competition. As has been shown in section 4.3.1 above, the competitive effects of a merger in such markets depends more on the closeness of competition than on market shares. Therefore, measuring market shares and changes in concentration may not be particularly useful for an assessment of the competition effects. The UPP screen suggested by Farrell and Shapiro does not require the definition of a relevant market and focuses on the incentives of a merged firm to increase the price of either of the two products or both.¹⁴⁴

UPP is based on the closeness of competition between the products produced by the merging firms and on the price-cost margins of the products.

Box 5. Derivation of the Upward Pricing Pressure Index

In its simplest form, *i.e.* for a two-firm, two-product merger, the upward pricing pressure can be derived as follows: We consider two single-product firms 1 and 2 in an n -firm industry producing differentiated goods and competing in price.¹⁴⁵ The firms produce with constant marginal cost c_1 and c_2 . Demand for each product is described by demand functions $Q_1(p_1, p_2)$ and $Q_2(p_1, p_2)$.¹⁴⁶ By assumption the demand for each product is falling in its own price but increases in the price of the other product as the products are substitutes.¹⁴⁷ It is further assumed that the merger creates efficiencies in the production of good 1 by reducing marginal cost to $(1 - e_1)c_1$ with $0 \leq e_1 < 1$. The profit for the merged firm is then given by

$$\pi(p_1, p_2) = (p_1 - (1 - e_1)c_1)Q_1(p_1, p_2) + (p_2 - c_2)Q_2(p_1, p_2).$$

The first-order condition of the profit-maximisation problem of the merged firm with respect to product 1 yields

$$\frac{\partial \pi(p_1, p_2)}{\partial p_1} = (p_1 - c_1) \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} + Q_1(p_1, p_2) + e_1 c_1 \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} + (p_2 - c_2) \frac{\partial Q_2(p_1, p_2)}{\partial p_1} = 0.$$

The first order condition for profit maximisation of firm 1 alone implies

$$(p_1 - c_1) \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} + Q_1(p_1, p_2) = 0.$$

Thus,

$$\frac{\partial \pi(p_1, p_2)}{\partial p_1} = (p_2 - c_2) \frac{\partial Q_2(p_1, p_2)}{\partial p_1} + e_1 c_1 \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1}.$$

Therefore, an increase in the price of product 1 for the merged firm is profitable, if and only if

$$(p_2 - c_2) \frac{\partial Q_2(p_1, p_2)}{\partial p_1} + e_1 c_1 \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} > 0.$$

This expression can be reformulated using the diversion ratio between products 1 and 2. Dividing both sides of the inequality by $|\partial Q_1 / \partial p_1|$ yields the “upward pricing pressure” for product 1 as suggested by Farrell and Shapiro (2008).

$$UPP_1 = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1 c_1.$$

The upward pricing pressure for product 2 can be derived analogously.

¹⁴⁴ Farrell and Shapiro consider single-product firms so that a merger of two firms implies that the new entity sells two products. For generalisations to multiproduct firms see Willig (2011) or Jaffe and Weyl (2012).

¹⁴⁵ Restricting the example to price competition is unproblematic as the same logic applies to quantity competition.

¹⁴⁶ As the prices of other commodities are kept constant, they are not considered in the demand function.

¹⁴⁷ Formally, $\partial Q_i(\cdot) / \partial p_i < 0$ and $\partial Q_i(\cdot) / \partial p_j > 0$ for $i, j = 1, 2, i \neq j$.

The upward pricing pressure for product 1 is given by

$$UPP_1 = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1.$$

The first term on the right side can be interpreted as follows. By marginally raising the price of product 1, the demand for product 2 increases because some consumers will substitute product 2 for product 1. The fraction of consumers that turn from product 1 to product 2 is given by the diversion ratio D_{12} . Multiplying this with the price-cost margin of product 2 gives the “value of diverted sales”. If the margin and the diversion ratio are positive, the first term on the right side shows an increase in profit for the new entity. Thus, the new entity has an incentive to increase the price of product 1 because *post* merger, some of the lost sales of product 1 are recaptured by product 2. Stated otherwise, the competitive constraint that product 2 exercised on product 1 has disappeared and this allows for a profitable price increase of product 1. The second term on the right side, e_1c_1 , shows the effect of the marginal cost reduction of the merger. As the marginal costs for the production of product 1 decrease, the new entity has an incentive to charge a lower price for product 1. This effect runs counter the incentives to increase the price of product 1 but if the combined effect is positive, the incentive to increase the price of product 1 prevails.

It is important to note that UPP_1 provides information only with respect to the direction of the price change but not about its magnitude.¹⁴⁸ In the absence of efficiencies, there would always be a positive upward pricing pressure as long as the margin for product 2 is positive and there is some diversion from product 1 to product 2. In this case virtually every merger in a differentiated product market would have to be flagged. Therefore, Farrell and Shapiro suggest that mergers create efficiency gains. As efficiencies are often difficult to estimate in practice, they suggest employing a “standard deduction” in the amount of 10% as an approximation for likely efficiencies.¹⁴⁹

The upward pricing pressure can intuitively be explained as follows: The larger the fraction of lost demand due to a price increase of product 1 that is recaptured by product 2, the more attractive the price increase is. This is expressed by the diversion ratio which indicates the closeness of competition between the two products. In addition, the larger the margin of product 2 (absolutely but also in relative terms to product 1), the bigger is the incentive to increase the price of product 1 and thereby to induce a shift in demand from product 1 to product 2. The upward pricing pressure for product 1 is therefore the stronger the closer the substitutability between the two products and the higher the profitability of product 2 is. In contrast, any decrease in marginal cost due to merger specific efficiencies will mitigate or may even (over)compensate the incentives to increase the price of product 1.¹⁵⁰

¹⁴⁸ In section 5.1.3 below it is shown how UPP and related indices can be extended allowing for predictions concerning the magnitude of price increases.

¹⁴⁹ Farrell and Shapiro (2010:12).

¹⁵⁰ The UPP in the form discussed implies that the merger gives rise to efficiencies only with respect to product 1. However, it is conceivable that the efficiencies generated by the merger also have an impact on the marginal cost of firm 2. As Schmalensee (2009) has shown, allowing for efficiencies to affect the marginal cost of both firms would change the index to

$$UPP_1^s = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 + D_{12}e_2c_2 = UPP_1 + D_{12}e_2c_2.$$

Here, all changes in marginal cost are taken into account. As the additional term is in general positive, the increase in the per-unit profit for product 2 due to the lower marginal cost is positive, so the incentive to raise the price for product 1 increases. Farrell and Shapiro (2010:12) have objected that this could lead to a flagging of a merger for further analysis because it generates higher efficiencies. Therefore, they suggest that the simpler screen would avoid this criticism. This is, however, not fully convincing. The effect of merger specific efficiencies in the production of product 2, which leads to an increase in the profit margin for product 2, increases the incentives to increase the price for product 1. While the price of product 2 falls

In general, for products that are close substitutes, one would expect a negative correlation between margins and diversion ratios: If there is intense competition between the products, diversion ratios tend to be high but intense competition should lead to lower margins. If competition is not intense, then diversion ratios will be low but margins could be high as the competitive constraints are not very strong.¹⁵¹

Notice that UPP_1 is expressed in absolute terms. An equivalent measure in percentage terms is given by

$$D_{12} \frac{p_2}{p_1} m_2 - e_1(1 - m_1)$$

where $m_1 = (p_1 - c_1)/p_1$ and $m_2 = (p_2 - c_2)/p_2$ denote the (relative) margins of the two products. In the symmetric case, *i.e.* with equal diversion ratios between the two products, equal prices, marginal cost and efficiencies, the condition for a positive upward pricing pressure for both products can be stated as:

$$D \frac{m}{1 - m} > e,$$

where D , m , and e denote the common diversion ratio, margin and efficiency respectively.¹⁵² For example, upward pricing pressure exists with a diversion ratio of 0.3, implying that 30% of the demand lost due to the price increase on product 1 is diverted to product 2, efficiencies of 10%, and margins above 25%.

In the absence of efficiencies or if efficiencies are not considered, e_2 would be set equal to 0. UPP_1 would then simplify to the gross upward pricing pressure index for product 1 ($GUPPI_1$)

$$GUPPI_1 = D_{12} \frac{p_2}{p_1} m_2.$$

Stated otherwise, the $GUPPI_1$ is the diversion ratio in terms of revenue times the (relative) profit margin for product 2. A similar expression holds for product 2.¹⁵³ For example, if the diversion ratios are given by $D_{12} = 0.20$, $D_{21} = 0.33$, the margins by $m_1 = 0.20$, $m_2 = 0.25$ and the prices by $p_1 = 4$, $p_2 = 3$, the gross upward pricing pressure for the two products is

$$GUPPI_1 = 0.2 \times 1.33 \times 0.25 = 0.066$$

$$GUPPI_2 = 0.33 \times 0.75 \times 0.20 = 0.0495.$$

In words there is a gross upward pricing pressure of 6.6% for product 1 and of 4.95% for product 2. Note that in the absence of efficiencies, the (gross) upward pricing pressure is always positive if margins and diversion ratios are positive.

compared to the pre-merger price, efficiencies in the production of product 2 increase the UPP with respect to product 1 even if they result in lower prices for product 2.

¹⁵¹ In some applications of the UPP screen to hypothetical mergers, implausible combinations of diversion ratios and margins have been used. See Froeb and Werden (2011).

¹⁵² Shapiro (2010:13).

¹⁵³ This is the concept of upward pricing pressure as stated in the 2010 US Merger Guidelines (sec. 6.1).

5.1.1 An advanced UPP screen

As already mentioned, the UPP screen as suggested by Farrell and Shapiro does not consider efficiencies with respect to the cost for product 2. It also fails to take feedback effects from a re-optimisation of the prices of the new entity into account: A price increase for product 1 increases the demand for product 2, allowing an increase in the price of product 2 leading in turn to a diversion of demand back to product 1 etc. If these feedback effects are taken into account, the upward pricing pressure for product 1 is calculated in the following way

$$UPP_1^* = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 + (p_1 - c_1)D_{12}D_{21} + e_1c_1D_{12}D_{21}$$

A similar expression applies for product 2. This measure, also called the advanced UPP, gives a more accurate prediction of the incentive to increase the price of product 1 post merger as all the feedback effects, e.g. the spillover from product 2 to product 1 as expressed in the diversion ratio D_{21} are considered.¹⁵⁴

In this case – again for symmetric firms and products - the condition for a positive upward pricing pressure is given by

$$D \frac{m}{1-m} > e(1-D).$$

The difference between UPP and UPP^* in the symmetric case is the factor $1-D$ by which the efficiencies are reduced. For close substitutes and in case of a high diversion ratio, the “simple” UPP keeping the price for product 2 constant would not signal any upward pricing pressure although such upward pricing pressure could be identified using UPP^* . Absent any efficiencies, the symmetric case would lead to a gross upward pricing pressure of

$$\frac{Dm}{1-D} > 0,$$

where the factor $1/(1-D)$ indicates the increased incentive for the merged firm to increase the prices for both products.

5.1.2 UPP as a first screen in merger analysis

To employ the concept of upward pricing pressure as a first screen in merger analysis, the competition authorities would need information about the profit margins for the products under consideration, the diversion ratios and – if the “standard” efficiency deduction is not deemed appropriate – merger specific efficiencies. Data on substitution could be available for branded consumer goods where large quantities are sold, allowing for an estimation of substitution behaviour and diversion ratios.¹⁵⁵ Farrell and Shapiro (2010:18) point out that competition authorities are able to measure gross margins with great accuracy even in the first stage of a merger analysis and that slight deviations of actual versus estimated gross margins will not have a large impact on the results of an UPP screen.

It could be argued that the informational requirements for conducting an UPP test are in fact not very different from the data requirements associated with a correct implementation of the HMT using critical loss analysis. For the HMT, the margin of the hypothetical monopolist has to be estimated and the substitution behaviour of consumers, *i.e.* the aggregate diversion ratio between products inside and outside

¹⁵⁴ The information necessary to calculate UPP_1 and UPP_2 is the same as for calculating UPP_1^* and UPP_2^* but the information for each single upward pricing pressure is larger as both margins and diversion ratios are necessary.

¹⁵⁵ Other evidence of substitution behaviour could be available from the merging parties as firms often keep track of who they are losing business to or win customers from. See Farrell and Shapiro (2010:18).

the candidate market are also required. There are cases, however, where the competition authorities lack the required information about diversion ratios. In such cases, diversion ratios could be estimated using market share information if there are good reasons to believe that the products are equally or similarly differentiated. Diversion ratios in this case would be given by the relative shares $s_1/(1 - s_2)$ of the two products. For example, if the market shares were 15% for firm 1 and 20% for firm 2, the share-based diversion ratio is $15/80 = 0.1875$. Of course, to approximate diversion ratios by market shares implies that a relevant market has already been defined. Combining the market definition and the UPP screen could, however, lead to better predictions as opposed to using a single instrument. This has recently been shown for the case of the Marathon/Ashland Petroleum joint venture.¹⁵⁶

As the UPP screen is based on the first order conditions of profit-maximisation, the level of generality is quite high as no special assumptions about the form of the demand function are required. In addition, the only assumption made with respect to the new entity is that the optimal price of each product is an increasing function of the marginal production cost of this product and a non-decreasing function of the marginal cost of the other product. Also, different modes of competitive behaviour besides profit maximisation are compatible with UPP analysis. The formula derived here is, however, based on the assumption of Bertrand-competition.

The original formulation of the UPP framework has recently been extended in several respects. The assumption of an industry with one-product firms has been relaxed and the analysis has been extended to multiproduct firms.¹⁵⁷ Situations where firms change the quality of their products *post* merger can be dealt with by applying upward pricing pressure on quality-adjusted prices.¹⁵⁸

In principle, the fundamental methodology of UPP analysis can be extended to other forms of competition, *e.g.* quantity competition or to bidding markets. To apply UPP to Cournot-competition, the diversion ratio has to be modified. Instead of the “quantity diversion ratio” as used for markets with price competition, a “price diversion ratio” has to be employed that shows how the price of one product changes if the quantity of the other product is reduced.¹⁵⁹ Also for bidding markets a UPP analysis could in principle be carried out if the diversion ratio is modified according to a “winning probability diversion ratio” that indicates how the probability of one firm winning, for example in a sealed-bid procurement auction, increases with a slight increase in the bid of the other firm.¹⁶⁰ Recently, UPP analysis has also been applied to two-sided markets or more specifically to a merger between platforms. A price increase of a two-sided platform A consists of a price increase on both sides of the market, leading to an upward pricing pressure on both sides of the market of platform B. As the indirect network effects have to be taken into account, four different diversion ratios have to be considered, rendering the conditions for a positive UPP more complex.

Despite the clear intuition and the sound basis in economic theory, several objections against the use of pricing pressure measures in merger analysis have been raised. One criticism refers to the static character of the method that does not allow for post-merger repositioning of existing or the introduction of

¹⁵⁶ See Zimmerman (2011). This corroborates the idea that a UPP screen and market definition should not be considered as substitutes but rather as complements. In other cases, depending *inter alia* on the mode of competition, UPP could outperform market share based approaches and *vice versa*.

¹⁵⁷ See Jaffe and Weyl (2012).

¹⁵⁸ See Willig (2011).

¹⁵⁹ See Moresi (2010). As in the case of Cournot competition with homogeneous products, market shares are a good predictor of unilateral effects. Under such circumstances, a UPP analysis based on a difficult to interpret and measure diversion ratio will not add much to a market share based screen.

¹⁶⁰ See Moresi (2010). As Froeb and Werden (2011:23) point out, this diversion ratio indicates the frequency by which the merger affects what a consumer pays but not the magnitude of the effect.

new products.¹⁶¹ Other objections refer to problems of measurement of diversion ratios and margins¹⁶², the need for testing and validation of pricing pressure screens¹⁶³ and the importance of the mode of competition for the applicability.¹⁶⁴

These criticisms are certainly justified, but it could, nevertheless, be argued that most of the objections equally apply to alternative screens such as the implementation of the HMT and the measurement and interpretation of market shares. Also it has to be pointed out that UPP analysis was never conceived as a substitute for a thorough analysis of all competitive effects of a merger. It was designed as an initial screen, to flag mergers that may cause concern. It should not be taken to imply that a merger that fails the UPP screen should be prohibited:

“Failing the UPP test is relevant ‘circumstantial’ evidence of adverse unilateral effects. It is not a proof that the proposed merger likely would lead to a substantial lessening of competition. It is only one factor among others. In particular, the UPP test does not account for several other factors that are potentially important for evaluating the likely competitive effects of a merger, including potential supply-side responses (i.e. entry and repositioning), the multi-product nature of many firms (i.e. the impact on pricing incentives of the merging firms’ sales of other substitutable or complementary products), potential pricing interdependencies (i.e. how the merging firms’ pricing initiatives might trigger particular responses by other firms), and dynamic factors such as network effects and learning by doing. The UPP test, therefore, is a useful screen and might be used as supporting evidence, but it is not a complete analysis of all the relevant factors.”¹⁶⁵

One further objection against UPP analysis in merger control refers to the fact that pricing pressure indices only show the expected direction of a price change but not its magnitude. Therefore, pricing pressure indices do not provide information about the magnitude of the competitive effects of a merger. Two mergers with the same upward pricing pressure could lead to substantially different price increases.¹⁶⁶ Therefore, even at a first screening stage, it might be preferable to have some indication of the expected price effect of a merger. As the upward pricing pressure approach is rather general in using only the slope of the demand function, some more structure is needed to transform these indices into measures of predicted price effects of a merger. In particular, additional information about the demand function is required, as the changes in price are determined by the curvature of the demand function.

5.1.3 *From incentives to increase the price to the magnitude of price increases*

Pricing pressure indices can be extended to measures of estimated price increases if additional information about the demand function is included in the analysis. To make the transition from an indicator signalling the incentive to increase prices to an indicator estimating the magnitude of price increases *post* merger, it has been considered useful to interpret the value of diverted sales, *i.e.* $D_{12}(p_1 - c_1)$, as an opportunity cost that is internalised by the merged firm. The larger these opportunity cost, the larger is the incentive to increase the price of product 1.¹⁶⁷ To estimate the price effect of a merger it is important to know how this increase in cost is converted into a price increase, *i.e.* how costs are passed-through to

¹⁶¹ See Keyte and Schwarz (2011), Coate and Simons (2012), and Hausman (2010).

¹⁶² Carlton (2010), Lopatka (2011).

¹⁶³ Carlton (2010), Garza (2010).

¹⁶⁴ Coate and Simons (2009).

¹⁶⁵ Moresi (2010:6).

¹⁶⁶ Carlton (2010:28).

¹⁶⁷ Shapiro (2011:728).

price.¹⁶⁸ If costs increase, a firm has an incentive to raise the price of its product to compensate for the increased cost. The amount of the cost increase that can optimally be passed-through to price depends on the curvature of the demand function, *i.e.* the change in the slope of the demand function.

Pass-through rates can be calculated for different shapes of demand functions. In the simple two-firm, two product scenario with constant marginal cost the pass-through rate ρ in case of a linear demand function is $1/2$. For demand functions with a concave shape, $\rho < 1/2$, for convex demand, $\rho > 1/2$. If the demand function is isoelastic, *i.e.* has a constant elasticity, the pass-through rate is given by $\rho = \varepsilon/(1 - \varepsilon) > 1$. This shows that pass-through rates can substantially differ depending on the underlying demand function, thereby having an important bearing on the estimated magnitude of price increases.

Without any efficiencies and with symmetric firms and products, a profit maximising firm has an incentive to increase the price for one product by an amount of Dm , *i.e.* the gross upward pricing pressure (GUPPI) keeping the price of the other product constant. In case of a linear demand function, the effective price increase, $(p^* - p)/p$ is determined by the gross upward pricing pressure multiplied by the pass-through rate of $1/2$:

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{Dm}{2} = \frac{GUPPI}{2}$$

For a diversion ratio of 0.33 and a margin of 0.25, the effective price increase would be 4.12%. The predicted price increase for one product is 50% of the gross upward pricing pressure. This calculation does, however, not take into account the incentive of the merged firm to increase the price of the other product as well. Considering this yields the relation

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{Dm}{2(1 - D)} = \frac{GUPPI}{2(1 - D)}$$

Here, the factor $1/(1 - D)$ shows how the single price increase underestimates the effective price rise as the other products' price will go up in turn inducing another price increase for the first product etc.¹⁶⁹ For a diversion ratio of 0.33 and a margin of 0.25, the price increase becomes 6.16%.¹⁷⁰ The price increase would be reduced if the merger generates synergies, *i.e.* efficiencies reducing the marginal cost of the merged firm. If efficiencies are symmetric, the equilibrium price increase is given by¹⁷¹

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{GUPPI}{2(1 - D)} - \frac{e(1 - m)}{2}$$

For an isoelastic demand function, the pass-through rate is higher than under a linear demand function and is given by $\varepsilon/(1 - \varepsilon)$ where ε denotes the price elasticity of demand.¹⁷² Therefore, the predicted profit maximising price increase is also substantially larger than in case of a linear demand function

¹⁶⁸ Note that the change in cost, *i.e.* the increase in opportunity cost, affects only the new entity, not the other firms in the industry.

¹⁶⁹ See Shapiro (2010). This analysis has been generalised for the asymmetric case by Hausman *et al* (2011). He shows that for the calculation of the expected unilateral effects the information is the same as for the symmetric case – only the formula is more complicated.

¹⁷⁰ This measure of the price effect of a merger is the same as the IPR (illustrative price rise) as employed by the OFT for linear demand functions.

¹⁷¹ Schmalensee (2009).

¹⁷² Notice that for unit-elastic demand, pass-through rates are not defined. This is related to the fact that no solution for the profit maximisation problem exists if demand is unit-elastic.

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{GUPPI}{1 - D - m} \text{.}^{173}$$

The combinations of margins and diversion ratios that yield a given price increase of 5% can be shown as follows:

Figure 1. Combinations of diversion ratios and margins for linear and isoelastic demand curves leading to a price increase of 5%

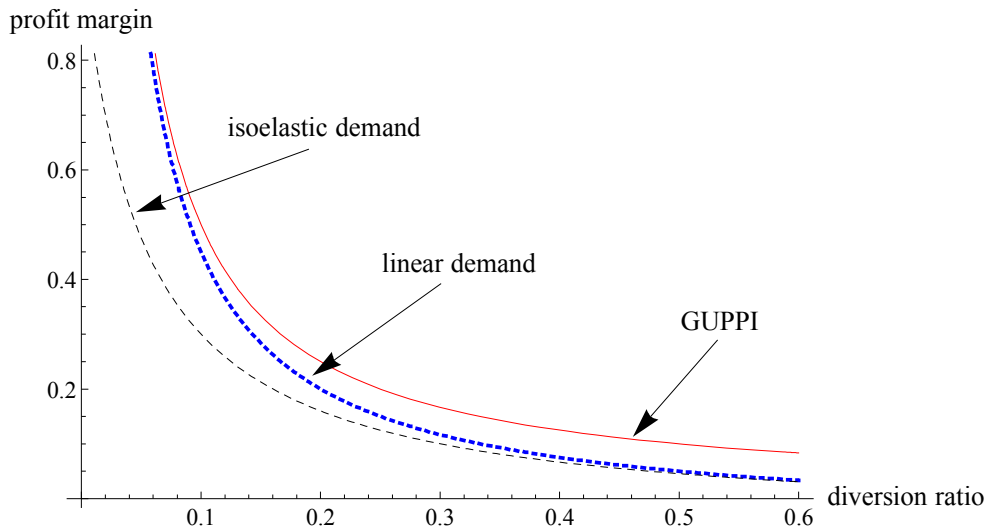
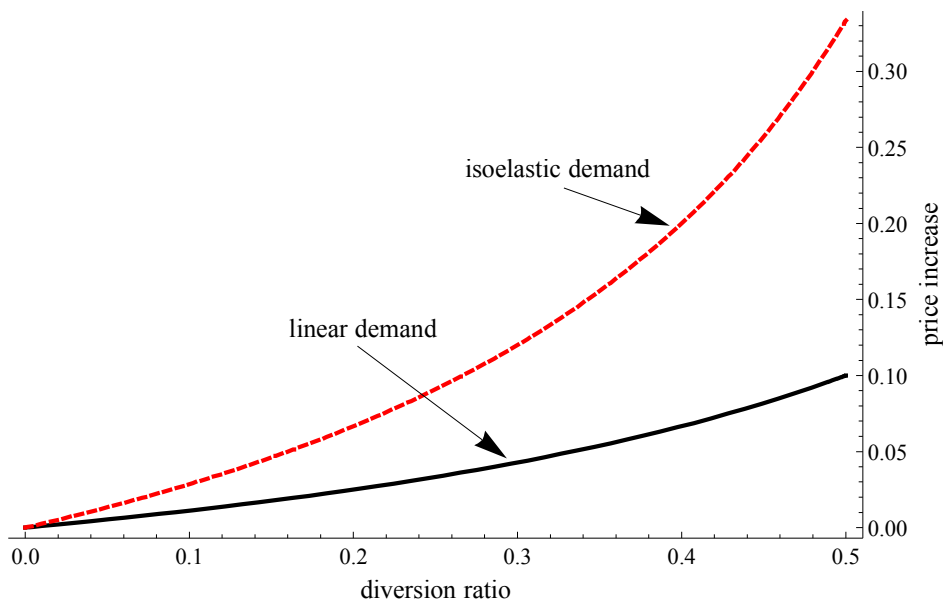


Figure 1 shows that the magnitude of price effects using a GUPPI is always larger than the predicted magnitude of price increases using other methods. Given an isoelastic demand curve, a price increase of 5% is generated by lower margins / diversion ratios than in the linear case. For any given margin, the difference between the predicted price increases for a linear and an isoelastic demand curve become larger as the diversion ratio increases. This is also shown in Figure 2:

Figure 2. Predicted price increases for a linear and an isoelastic demand function for a margin of 20%



¹⁷³

This corresponds to the IPR as used by the OFT for the case of an isoelastic demand curve.

For a margin of 0.2 and a diversion ratio of 0.3, the predicted price increase is 4.3%, assuming a linear demand curve while it is 12% assuming an isoelastic demand curve. This illustrates that the magnitude of the predicted price increases are extremely sensitive to the assumed shape of the demand curve (or pass-through rate) even for moderate levels of margins and diversion ratios. If pass-through rates cannot be measured with a sufficient degree of confidence, predicting the magnitude of price increases by combining pricing pressure indices with pass-through rates could lead to substantial differences in predicted price effects.

In addition to this lack of robustness with respect to the underlying shape of the demand function, the magnitude of the predicted price increases relies on the assumption that the prices of the non-merging firms are kept constant. In markets with price competition, as discussed in section 4.3.1 above, a price increase by the new entity will in general lead to price increases of non-merging firms. This opens up the possibility of further profitable price increases of the new entity and in turn new adjustments by non-merging firms etc. These second order effects are not taken into account and will tend to underestimate the magnitude of the price increases to be expected *post* merger. In practice, it would be rather complicated to estimate these effects as they depend on the demand system, *i.e.* the demand functions for all products of all the competitors. From a theoretical point of view, this problem has been analysed in a recent paper by Jaffe and Weyel (2012). To apply the methodology suggested there, however, could necessitate information on all own- and cross-price elasticities or diversion ratios between all products in the market. This information is usually not readily available and can if at all, only be provided by a structural demand analysis.

This shows that predicting the magnitude of price increases with the simple instruments of pricing pressure indices combined with assumptions about demand functions or pass-through rates may not lead to robust results.

5.1.4 *Compensating marginal cost reductions*

An alternative approach that avoids making any assumptions about the shape of the demand function or pass-through rates has been suggested in a very important paper by Werden (1996).¹⁷⁴ Rather than estimating the price increases caused by the merger, the reductions in marginal cost necessary to keep prices at the pre-merger level could be considered, in other words, the compensating marginal cost reductions (CMCRs). Werden considers price competition in a differentiated product market where firms produce with constant marginal cost. Mergers are assumed to create efficiencies by reducing the marginal cost of the new entity.

As shown in section 5.1.1 above, the UPP^* index, which takes into account the feedback effects from firm 2 on firm 1, is given by

$$UPP_1^* = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 + (p_1 - c_1)D_{12}D_{21} + e_1c_1D_{12}D_{21}$$

Setting the expression equal to 0 and solving for the marginal cost reduction in the production of product 1, $E_1 = e_1c_1$, yields the reductions in marginal cost necessary to neutralise a merger-induced price increase for product 1:¹⁷⁵

$$E_1 = \frac{m_2D_{12} \frac{p_2}{p_1} + m_1D_{12}D_{21}}{(1 - D_{12}D_{21})}$$

¹⁷⁴ See also Froeb *et al.* (2001) and Froeb and Werden (2011).

¹⁷⁵ Froeb and Werden (2011) suggest that for small diversion ratios this expression can be approximated by $m_1D_{12} \frac{p_2}{p_1}$ or even by m_1D_{12} if the prices are similar.

In the symmetric case, this condition reduces to

$$E_1 = \frac{mD}{(1-D)} = \frac{GUPPI}{(1-D)}$$

If marginal cost in the production of product 1 are reduced by this amount, the upward pricing pressure for product 1 as measured by UPP* is 0. As prices are required to remain at the pre-merger level, only the slope but not the curvature of the demand function matters.¹⁷⁶ Stated otherwise, the necessary reduction in marginal cost equals the gross upward pricing pressure when feedback effects are taken into account. This shows that the GUPPI is a useful concept - not primarily to estimate the magnitude of increases in prices which depend on the curvature of the demand function entailing all the problems previously discussed, but as an indicator of the marginal cost reductions necessary to neutralise a merger-induced price increase.

The CMCRs thus provides a benchmark for the efficiencies that have to be generated by a merger to neutralise price effects. To screen a merger, the expected reductions in marginal cost have to be compared with the benchmark. If the expected efficiencies are substantially below the benchmark, the merger should get closer scrutiny.

It has to be noted, however, that the CMCRs as derived above is based on the assumption that firms compete in prices. Therefore, it should be assured that the industry to which the test is applied can be described by Bertrand competition.¹⁷⁷ A further objection which, however, equally applies to the other concepts introduced before, is that only efficiencies in the form of marginal cost reductions are considered. Lower fixed cost could, however, increase the incentives to invest in R&D, in particular in industries characterised by substantial fixed cost.¹⁷⁸ Furthermore, reductions in fixed cost could render market entry more attractive and could therefore increase price competition. All these effects could, however, be taken into account at a later stage in the analysis once a merger has been considered warranting more thorough scrutiny.

5.1.5 Relation to market definition

The concepts of pricing pressure, in particular the GUPPI bear a close relationship to market definition under the HMT because the underlying notion of buyer substitution is central to both concepts:

“Therefore, in considering how the hypothetical monopolist’s incentive to raise the price of one product differs from the pre-merger incentives of the firm controlling that product, a key question is what percentage of the unit sales lost, when that product’s price rises, are recaptured by other products controlled by the hypothetical monopolist.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ This has the immense advantage of being able to dispense of any assumption concerning the shape of the demand function. Irrespective of the curvature of demand, the slope, *i.e.* the first derivative, of any differentiable demand function is linear at any given point.

¹⁷⁷ The compensating marginal cost reductions in a Cournot model can also be calculated. As Froeb and Werden (1996, 2001) show, they are given by $2s_1s_2/\varepsilon(s_1 + s_2)$, where ε is the price elasticity of demand. The numerator is the change in the HHI induced by a merger indicating a positive correlation with concentration.

¹⁷⁸ Carlton (2010).

¹⁷⁹ Shapiro (2011:751).

In addition, the HMT assumes that the cost structure of the hypothetical monopolist does not change with the merger, an assumption that corresponds to the no-efficiencies assumption in the GUPPI. The HMT asks whether a profit-maximising hypothetical monopolist will impose a SSNIP of at least S on at least one of its product. In contrast, the GUPPI considers the incentive or the extra opportunity cost for a merged firm to increase the price which is then converted into a price increase whose magnitude depends on the curvature of the demand function or the pass-through rate. The products of the firms would constitute a relevant market if the profit-maximising price increase imposed by the merged firm were larger than the SSNIP. As the profit maximising price increase for each product in the linear and symmetric case is given by $GUPPI/2(1 - D)$, the condition for the two products to constitute a relevant market is

$$\frac{GUPPI}{2(1 - D)} = \frac{Dm}{2(1 - D)} \geq S \Rightarrow D \geq \frac{2S}{2S + m},$$

where S denotes the SSNIP and m the margin. If a large fraction of demand is recaptured by the merged firm, a price increase is profitable and the products would constitute a relevant market. The size of that fraction of demand recaptured depends on the magnitude of the price increase and the margin. If the margin is large, a lower fraction needs to be recaptured to make a given price increase profitable. Notice that this formula is identical to the condition derived for the profit-maximising critical loss in case of a linear demand function, *i.e.* the condition that a group of products constitutes a relevant market. Here, D has to be taken as the aggregate diversion ratio, the fraction of demand that is recaptured by the hypothetical monopolist.

This indicates that the seemingly new indices bear in fact a very close relationship to the traditional market definition by a critical loss analysis. This could be considered as an important point with respect to a possible adoption of pricing pressure indices as an additional tool for merger analysis. In addition, it shows that the size of the market as defined by the SSNIP test depends on the shape of the demand curve or, stated otherwise, on the pass-through rates.

5.1.6 Empirical research on pricing pressure indices

As pricing pressure indices are a rather recent concept, the empirical research on UPP and other measures is still rather limited. There is an early empirical paper by Walker (2007) estimating diversion ratios that are necessary to calculate the pricing pressure or to generate predictions about price increases caused by a merger. Walker uses data from two retail chain mergers (cinemas and bookshops), examined by the OFT and the CC (Vue/A3 Cinema and HMV/Ottakar's). He arrives at the conclusion that the data collected by the competition authorities, *e.g.* the characteristics of local markets may be used to calculate the relevant diversion ratios. He suggests that this measure would allow a ranking with respect to the degree that retail chain mergers give rise to competitive concern. He suggests that thresholds for diversion ratios could be derived but points out that these should be assessed in the context of other evidence.

Zimmerman (2011) evaluates the relative performance of the UPP screen compared to the traditional concentration based approach when diversion ratios are approximated by market shares. In the context of the Marathon/Ashland Petroleum joint venture (gasoline wholesale and retailing), he examines the question whether a market-share based on a UPP screen may provide a "better" approximation of effects than a concentration-based screen, in particular with respect to type I errors, *i.e.* false positives or the fact of flagging a merger as potentially problematic that ultimately does not increase prices. He compares the predictions of the UPP screen with the post-merger pricing outcomes of the retail portion of the transaction. The concentration-based approach would have caused substantial competitive concerns as the market is moderately concentrated and the transaction would have increased the HHI by 195. No price increase was, however, observed after the merger. Zimmerman shows that for efficiencies of 5% or more, the UPP is negative for both products. The GUPPI (no efficiencies) shows low positive values (3.2% and

2.4%). He concludes that the UPP screen would perform better than the concentration-based approach in this case and that combining the market definition/market share approach with pricing pressure indices yields even better outcomes.

Using data from the American West/US Airways merger, Cheung (2011) compares the performance of a UPP screen with a concentration-based approach and with a merger simulation model. She demonstrates that the concentration based-approach is a more severe test if the HHI thresholds defined in the US merger Guidelines of 1992 and 2010 are used. There is, however, a weak positive correlation between increases in the HHI and predicted UPP in particular in the absence of efficiencies. The results of the UPP analysis and the merger simulation show no significant differences. Unsurprisingly, if the same structural demand model is used for both, UPP analysis and merger simulation, the predicted magnitude of the price increase is similar.

An application of UPP analysis to a two-sided market has been provided by Filistrucchi *et al.* (2011). They study several hypothetical mergers in the Dutch newspaper market and compare different approaches to predict the unilateral effects of these transactions. They consider the concentration based approach using the HHI, ask whether the merged firm would impose a small but significant price increase, estimate the UPP and carry out a full merger simulation. As the concentration-based approach does not take into account the indirect network effects, the results of this method are in contrast to the estimates of the UPP, the SSNIP and the merger simulation. While the concentration-based approach would lead to competitive concerns and a further investigation of the mergers, UPP, SSNIP and merger simulations show only small effects on prices on the readership and on the advertisement side of the market with no substantial differences between the three approaches. The two-sided nature of the market has, however, an important impact on the results: If the mitigating indirect network effects in a two-sided market are not taken into account, as is the case for the HHI, the pricing incentives of the platform are incorrectly assessed which leads to an overestimation of the anticompetitive effects of the merger.

The limited empirical literature to date shows that pricing pressure indices can be employed in practice and that they seem to perform reasonably well as compared to the concentration-based approach. Also, the results do not confirm the often voiced concern that UPP is more severe than the HHI screen.¹⁸⁰ Despite the fact that the first results are promising, much more research is necessary to assess the performance of pricing pressure screens in comparison to the structural concentration-based approach. This is particularly important for the development and the fine tuning of thresholds under GUPPI or UPP.

5.2 *Merger simulation models*

Merger simulation models have been employed in antitrust analysis for about 20 years. A merger simulation model is an oligopoly model that is calibrated so that the non-cooperative Nash-equilibrium reproduces the observed prices and quantities in the industry. The impact of a merger is simulated by computing the new prices and quantities in the non-cooperative Nash-equilibrium *post* merger.¹⁸¹ The unilateral effects of the merger are determined by the difference in prices and quantities in the pre- and post-merger equilibrium.¹⁸²

¹⁸⁰ See *e.g.* Simons and Coate (2010) or Varma (2009). This is also reflected in actual cases. See for example the US Whole Foods/ Wild Oats case or the UK Thomas Cook/ Co-operative Group/ Midland's Co-operative case demonstrating that the use of UPP/GUPPI may be more or less severe than HHI based approaches.

¹⁸¹ It is generally assumed that the pre- and the post-merger equilibrium is unique.

¹⁸² Recently, despite fundamental problems on a conceptual level, merger simulation models have been employed to predict the co-ordinated effects of a merger. For co-ordinated effects, an approach based on

Merger simulation models and pricing pressure indices are related but differ in several fundamental ways: First, pricing pressure indices indicate only whether a merger could lead to an increase in prices while merger simulation models predict the magnitude of a price rise. Only if the pricing pressure indices are combined with a demand function or pass-through rate, do they allow estimates of the magnitude of price increases. Second, pricing pressure indices, including UPP*, are based on the assumption that the non-merging firms do not react to any change in prices by the merged firm, *i.e.* it is not an equilibrium approach while in a merger simulation model the reactions of non-merging competitors are explicitly taken into account, *i.e.* merger simulation is an equilibrium approach.¹⁸³ Third, merger simulation models are a much more flexible tool than pricing pressure indices as they allow for competitive actions of the merged firm in other dimensions than price or quantities.¹⁸⁴ Also, reactions of competitors such as product repositioning, market entry or exit can be incorporated in the model. Merger simulation models can also be used for different types of competition for example in Cournot-type markets but also to simulate auctions.¹⁸⁵ Furthermore, merger simulation models can be employed to analyse the effect of remedies such as partial divestitures.¹⁸⁶

The data requirements to carry out a full-fledged merger simulation are substantial. Demand systems have to be econometrically estimated or assumptions about the demand behaviour of consumers have to be made that approximate as closely as possible the observed demand behaviour. The model has to be calibrated according to the data and the supply side has to be integrated, *i.e.* assumptions about the competitive process and the cost functions of the firms have to be made. The simulation model has to be checked for internal consistency and external consistency with respect to current and past information about the industry before the post-merger equilibrium can finally be computed. This implies that a thorough merger simulation is a time-consuming and difficult task and has to be based on the specifics of the market.¹⁸⁷ A detailed merger analysis is therefore best carried out in cases where initial screens already indicate potentially serious competition concerns.¹⁸⁸

Merger simulation analysis cannot be considered an alternative or a substitute for market definition in its role as a simple first screen and will, therefore, not be discussed further. Nevertheless, the question arises whether simplified versions of merger simulation models could be employed as a first diagnostic test

market definition and concentration measures in combination with the identification of maverick firms seems currently the best method available.

¹⁸³ On a conceptual level, this difference is analogous to the difference between the SSNIP and the FERM test in market definition.

¹⁸⁴ Noel (2011).

¹⁸⁵ For a short survey on merger simulation in auction markets see Froeb and Werden (2008:70) or Budzinski and Ruhmer (2009:292f.).

¹⁸⁶ An often emphasised advantage of merger models is the explicit recognition of efficiencies. If information about the expected efficiencies of a merger is available, it could, however, also easily be integrated in pricing pressure indices.

¹⁸⁷ Despite the fact that merger simulation models are used for about 20 years, the reliability of the predictions remains a problem. As Peters (2006) for mergers in the airline industry, Weinberg and Hoskens (2008) for two mergers in branded consumer goods markets and Weinberg (2011) for the Tambrands-Procter & Gamble merger have shown, merger simulation models could only modestly predict the factual *post* merger price effects. A recent study of the Hyundai-Kia merger by Yoshimoto (2012) has shown that merger simulation could predict short run price effects reasonably well while large discrepancies appeared. This could be due to changes in marginal cost or consumer preferences not taken into account by the merger simulation models. This indicates that more research in particular based on an *ex post* review of mergers is necessary. This is also true for other methods to predict the effects of mergers.

¹⁸⁸ Baker (2011).

in a similar way as the pricing pressure screens. While there seems to be a substantial difference between pricing pressure indices and a full-fledged merger simulation model, the gap between the two approaches narrows once pricing pressure indices are combined with a demand function or a pass-through rate to estimate the magnitude of the price increase caused by a merger and if the general equilibrium approach of merger simulation models is dropped, allowing prices of competitors to remain fixed. The reason for this is that the pass-through rate in a merger simulation model is implicitly determined by the choice of the demand system and therefore equivalent to the pass-through rate derived in the context of upward pricing pressure indices as long as the underlying demand function is the same.

For example, the Antitrust Logit Model (ALM) or the Proportionally Calibrated Almost Ideal Demand System (PCAIDS) have been proposed to estimate the price effect of a merger with mild data requirements. In these models, diversion ratios are proportional to market shares. As Froeb and Werden (2011:18) point out, these simple merger simulation models are well suited for initial screening. If it is assumed that diversion ratios are proportional to market shares as the ALM or the PCAIDS do, information about market shares, the price elasticity of demand for one product (or the margin of one firm) and an estimate of the price elasticity of the aggregate demand function are sufficient to calibrate the model. The margins of the other firms or the other elasticities can be estimated via the equilibrium condition in the oligopoly model. In this sense, data are replaced by assumptions.¹⁸⁹

As the predictions of price increases of merger simulation models depend on the assumed demand system and thereby on the pass-through rates, Hausman (2010) suggests carrying out two simulations, one with a linear and a second with an isoelastic demand function to derive lower and upper bounds for price increases of the products of the merged firm. As he considers asymmetric firms, the price increases can differ between products. He suggests that the price increases for the products should be weighted with the market shares and that concern arises only if the average price increase for the products is substantial.

This indicates that simple merger simulation models could be considered similar to pricing pressure indices. Thus, simulation models could substitute or complement market definition. In the case of equally differentiated products, information about market shares can be combined with information about the margins and the elasticity of the aggregate demand that could lead to better results than using only information about market shares. Due to their simplicity, it is not to be expected that these models are able to give a precise estimation of the magnitude of the price effects of a merger. But they could be useful as an indicator identifying those mergers that require closer scrutiny.

5.3 *Direct effects approach in monopolisation and abuse dominance cases*

As pointed out in section 3.2.4, the role of market definition in abuse of dominance cases under EU law serves a dual role: first, it is used to assess whether the firm has a substantial degree of market power, *i.e.* a dominant position or monopoly power. In the second stage, if substantial market power or a dominant position has been found, market shares are employed to assist in the assessment of an alleged anticompetitive behaviour similar to the role of market definition in monopolisation cases in the US.

In EU competition law, a firm is assumed to have a dominant position if it can “...prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers...”¹⁹⁰ Under US competition law, a firm is considered to have monopoly power if it has “...the power to control prices and exclude competition.”¹⁹¹ A dominant position or monopoly power is not per se illegal as a firm could have

¹⁸⁹ Froeb and Werden (2011:18).

¹⁹⁰ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG vs. Commission* (1979), ECR 461 (38).

¹⁹¹ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (Cellophane), 351 US. 377, 391 (1956).

achieved this position because it was more efficient than its competitors, supplied superior products or outperformed its rivals through some other legitimate means. Nevertheless dominant firms will tend to have a wider range of instruments to their disposal to abuse market power to exclude competition. In addition, the durability of a dominant position or of monopoly power has to be assessed by considering barriers to entry and expansion or countervailing buyer power. If *e.g.* barriers to entry are low and if fringe firms could increase their supply, a dominant position may not be durable and attempts to increase the price above the competitive level would be defeated by market entry or supply substitution.

To assess whether a firm has a dominant position or monopoly power based on its market share, the relevant market has to be defined. As discussed in section 3.2.4, there is a distinction between market definition for establishing dominance and defining a market to analyse potential anticompetitive effects. Concerning the latter, in cases where the dominant firm has already abused its market power to increase the price above the competitive level, *i.e.* if competitive harm has already occurred, market definition becomes difficult as the counterfactual price has to be estimated to implement the HMT. Otherwise, the substitution behaviour of consumers would be evaluated at a price that already has been raised above the competitive level, markets would be defined overly broad and the market shares would understate the market power of the firm. In prospective harm cases, however, the analysis refers to the future effects of the alleged anticompetitive behaviour and the currently prevailing price should be taken as the starting point for the definition of the relevant market.¹⁹²

In the US, the courts have found that monopoly power should be found only for market shares substantially above 55% and figures of 70% seem *de facto* to be a lower bound.¹⁹³ In any case, market shares below 50% were often found to be insufficient to infer monopoly power.¹⁹⁴

In the EU, a dominant position is usually assumed if the market share of the firm is larger than 40%-50%. In Germany, the thresholds are even lower as a firm is assumed to be dominant if its market share is larger than 33%. Firms with market shares in excess of these thresholds, *i.e.* dominant firms, are assumed to have a “special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”¹⁹⁵ For those firms certain types of behaviour were virtually *per se* prohibited, *e.g.* fidelity discounts, below variable cost pricing, price discrimination etc. A detailed effects analysis of these practices was usually not considered necessary on a case-by-case basis and decisions on the illegality were mainly based on the form the practice took. This approach is based on the implicit assumption that a certain practice if employed by a dominant firm, necessarily has an anticompetitive effect.¹⁹⁶ Dominance

¹⁹² As already pointed out, the retrospective and the prospective market definition is distinct from the market definition that is conducted to determine dominance, the latter being based on LRAIC. While this is typically not done in practice, the theory would paradoxically suggest that the market defined to establish dominance is different from the market that is defined to analyse anticompetitive effects. This is clearly a remnant from the past where dominance and the identification of certain conduct were considered enough to demonstrate abuse. While market definition today is used to determine whether the firm is dominant or not, its role in the effects analysis is more limited as will be shown using a simple example below.

¹⁹³ DOJ (2009:21). The document has been withdrawn.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Case 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV v Commission* (1983), ECR 3461 (*Michelin I*).

¹⁹⁶ The roots of this approach can be traced to the German Ordo-liberal school and its very sceptical position regarding economic power for both, efficiency but mainly also political reasons (see Maier-Rigaud (2012)) To some extent the idea that dominance itself is already an indicator of potential competition law problems also emanates from the structure-conduct-performance paradigm. See Kerber and Schwalbe (2008) for a general discussion of the development of competition laws in the US and EU including a section on German competition law.

was thus treated as a binary variable – if the market share exceeds the threshold, the firm has a dominant position otherwise it has no substantial market power and the practice has no anticompetitive effects. The approach to Article 102 TFEU, has changed in the meantime and an effects based approach to the assessment of abusive behaviour is now added to establishing dominance.¹⁹⁷

Dominance, however, is a matter of degree as the effect of a certain practice could vary substantially with the degree of market power a firm has. For example, tying by a firm with a market share of 50% will generally have a different effect on competitors and consumers than if the tying strategy is employed by a firm with a market share of 90%. In general the larger the market power of a firm, the greater are usually the possibilities and incentives to abuse its dominant position. In special circumstances, however, a firm with a market share below 50% could have substantial market power. “The structural indicators which traditionally serve as proxies for “dominance” provide an appropriate measure of power in some markets, but not in others. In a market where these indicators do not properly measure the firm’s ability to impose abusive behaviour on others, the competition authority’s intervention under traditional modes of procedure is likely to be inappropriate, too harsh in some cases and too lenient in others.”¹⁹⁸ Therefore, a simple market share threshold to assess whether a firm has a dominant position or monopoly power seems not to be adequate to deal with the problem of dominance. That degrees of market power, given dominance, may matter has been implicitly recognised in the EU through the concept of ‘super dominance’ for very high market shares close to a pure monopoly.¹⁹⁹

This shows that the market definition / market share approach to finding a dominant position or monopoly power alone is not sufficient to assess whether a firm has a substantial degree of market power. High market shares could be a first indicator, but other factors, in particular barriers to entry and expansion, the supply substitution of a competitive fringe or countervailing buyer power have to be considered.

As an alternative to the indirect assessment of dominance or monopoly power the direct measurement of market power has been suggested. As has been pointed out in section 2.2., a direct assessment of market power by estimating the elasticity of the (residual) demand function or to analyse the profitability of the firm to figure out whether supra competitive profits have been earned is usually difficult. “In short, direct evidence of a firm’s profits, margins, or demand elasticities is not likely to provide an accurate or reliable alternative to the traditional approach of first defining the relevant market and then examining market shares and entry conditions when trying to determine whether the firm possesses monopoly power.”²⁰⁰

Using market definition and market shares as indicators for the competition effects of a certain business practice is also problematic. In some cases, there may be a positive correlation between the market share and the effects of a business practice. A refusal to deal, for example, will generally have a smaller effect if it is carried out by a firm with a market share of 35% than if the firm is super dominant. Often, however, a certain business practice has pro-competitive as well as anticompetitive effects and it depends on the circumstances of the case which effect dominates. A retroactive rebate, for example, could be used by a dominant firm as an instrument to exclude rivals by creating a suction effect that reduces the demand for competitors.²⁰¹ On the other hand, the same rebate could have the function of an incentive mechanism to generate the efficient sales effort on the part of the retailers of the firms’ products. The

¹⁹⁷ European Commission (2009).

¹⁹⁸ EAGCP (2005:14).

¹⁹⁹ Szyszczak (2011).

²⁰⁰ See DOJ (2009:29). The document has been withdrawn.

²⁰¹ See for example Inderst and Schwalbe (2009) or Maier-Rigaud (2006).

economic effect therefore does not depend on the size of the market share but on the specific features of the market in which this practice is used and market shares can be considered only as a weak indicator of the competition effects. An approach that is based on the economic effects of a practice seems thus more appropriate.

The definition of the relevant market and resulting market shares provide important information for the assessment of dominance or monopoly power. This information is, however, not sufficient to infer the existence of a dominant position or of monopoly power and has to be combined with other indicators, e.g. supply substitution, barriers to entry, etc. to arrive at a reliable assessment of dominance or monopoly power. With respect to the assessment of the economic effects of business practices the value of market shares is *a priori* undetermined.

Instead of indirectly assessing monopoly power or dominance via definition of a relevant market, measuring market shares and combining this with information about specifics of the market, a ‘direct effects approach’ has been suggested. This method would bypass the market definition stage of the analysis and would infer the existence of market power by direct evidence of an abusive behaviour. “If a dominant firm’s conduct has been demonstrated to cause competitive harm, one could rely simply on that evidence and dispense with the market definition requirement entirely.”²⁰²

In the European context where this was first proposed, this would integrate the two step procedure of defining a relevant market to assess dominance and evaluating the economic effects of a practice into one unified methodology. A similar approach has been suggested by the Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) of DG Competition:

*“If an effects-based approach yields a consistent and verifiable account of significant competitive harm, that in itself is evidence of dominance. Traditional modes of establishing “dominance” by recourse to information about market structure are merely proxies for a determination of “dominance” in any substantive sense, i.e., the ability to exert power and impose abusive behaviour on other market participants. If an effects-based approach provides evidence of an abuse which is only possible if the firm has a position of dominance, then no further separate demonstration of dominance should be needed - if no separate demonstration of dominance is provided, one may however require the abuse to be clearly established, with a high standard of proof.”*²⁰³

While convincing from a conceptual point of view, this effects-based approach could in practice lead to problems regarding legal certainty (see section 6).²⁰⁴

Whether the direct effects approach that would dispense of market definition altogether as suggested by the EAGCP is a viable alternative to the indirect approach of assessing dominance via market definition and market shares or not will depend on whether or not the abuse can be established and the evidence is sufficient and cannot be interpreted differently.²⁰⁵ If direct evidence of anticompetitive effects is available, than it should, however, be possible to dispense with market definition in these cases.

²⁰² See DOJ (2009:30). The document has been withdrawn.

²⁰³ EAGCP (2005:14).

²⁰⁴ As the authors are not aware of any case where actually two separate market definitions were conducted, one to establish dominance and one to assess effects, current practice seems to already follow this approach if market definition is considered an integral part of an effects analysis.

²⁰⁵ See DOJ (2009:30). The document has been withdrawn.

5.4 *Conclusions on alternative tools and methods*

The discussion of the different tools and methods that have recently been suggested as alternatives to market definition has shown that these instruments may allow a better assessment of the competitive effects of mergers or of an anti-competitive conduct. It has to be recognised, however, that these tools, in particular the PPIs, have been designed for special circumstances under which the traditional concentration-based approach is not particularly useful. This is the case for example in markets with price competition and differentiated products where the central competitive concern is unilateral effects. In other circumstances, such as in markets with quantity competition, or in cases where the main competitive concern is the co-ordinated effects of a merger, these tools could lead to incorrect predictions.²⁰⁶

Before deciding which tool to employ, a competition authority should thus consider the nature of competition in the industry, and chose the tool that is most suitable for the analysis of the competitive situation.²⁰⁷ If the industry is characterised by a homogeneous product and competition is in quantities or capacities, the industry could be described by a Cournot model. In this case, a market definition, the assignment of market shares, the measurement of concentration and the change in the HHI caused by the merger would be a sensible approach to assess the competitive effects of a merger. This would also apply if the main competitive concern was co-ordinated effects, where the level of concentration and the identification of market participants and potential mavericks is important. If the merger takes place in a differentiated products industry where competition is in prices and the main concern is short-run price increases, the industry is probably best described by a Bertrand model, and the use of a PPI or the CMCRs could be taken into consideration, since in such a market, these indicators could be considered superior to the concentration based approach.²⁰⁸

If the industry is characterised by firms bidding for the business of customers, the closeness of competition between the merging firms could be of more importance than their market shares, and the focus should be on possible unilateral effects.²⁰⁹ In such cases, frequency or win/loss analyses could be employed to assess possible unilateral effects of a merger. But in principle, the definition of the relevant market is an important first step in the analysis since the competitors have to be identified. Similarly, in two-sided markets, an approach that is based on diversion ratios and dispenses with market definition is currently not a convincing alternative. Because of the indirect network effects in two-sided markets, the estimation of the diversion ratios is considerably more complex than in a one-sided market.

The tools a competition authority can employ depend of course on the information that is available. Different tools require different amounts or types of information, depending on the complexity of the instruments. The HHI requires information about the market shares of the participants and is based on market definition. The GUPPI requires information about the margins and market shares if the diversion ratios are approximated by the relative market shares of the merging firms. In this case, market definition and GUPPI are complementary. If direct information about diversion ratios and margins is available, market definition could be dispensed with and the GUPPI could be used to assess the pricing pressure directly. In this case, market definition and the GUPPI could be considered as substitutes. If information

²⁰⁶ Doane *et al.* (2010), Froeb and Werden (2011).

²⁰⁷ One could argue that the intensity of competition that is observed in a market could be taken as an indicator of the most suitable model to characterise the industry, independent of whether competition is in quantities or in prices.

²⁰⁸ This requires that the indicators are computed according to the facts of the case, *i.e.* if diversion ratios between two products are different, one should not use the simple formula that applies to the symmetric case only.

²⁰⁹ If the number of bidders in a market is small, co-ordinated effects could also be an issue.

about margins, diversion ratios (or market shares) and efficiencies is available, UPP, UPP* or CMCRs could be used. If in addition, information about the demand function is available, or if competition authorities are willing to make assumptions about the shape of the demand function, the magnitude of the price increase could be predicted by combining PPIs with the respective pass-through rates or by using simple merger simulation models. On the other hand, the type of competition could indicate which type of information the competition authorities should collect. Thus, under certain rather restrictive conditions, these new methods could be considered as an alternative to market definition as a first step in a merger analysis. But even in these cases and setting aside legal requirements, the definition of the relevant market will remain an important and useful first step in a competitive analysis because market shares can be used to estimate diversion ratios which could be combined with margins or estimated efficiencies to use pricing pressure indices, to estimate the compensating marginal cost reductions, or to carry out a simple merger simulation.

All these recently developed instruments, independent of whether they complement or substitute market definition, have been designed as a first screen in a merger analysis to flag mergers that could give rise to competitive concern and require closer scrutiny. They are not meant to predict the final competitive effects of a merger. An in-depth analysis of the competitive effects of a merger requires the evaluation of many other competitive conditions, *e.g.* repositioning of products, barriers to entry or to expansion, countervailing buyer power, investments in R&D and many others. But such in-depth analysis is carried out only after a merger has been flagged for closer scrutiny.

There is considerable concern in the literature that merger enforcement could become considerably stricter, compared to the concentration-based approach that employs the level of and the change in the HHI. Using simulated hypothetical mergers, some authors tried to demonstrate that under a UPP screen, substantially more mergers would be scrutinised than under the HHI screen.²¹⁰ Some of the simulated mergers are, however, based on implausible combinations of margins and diversion ratios. It has also to be taken into account that PPIs will be applicable only to mergers in differentiated products industries with price competition where unilateral effects are a major concern. For mergers in other industries, or in cases where co-ordinated effects are the major concern, the usual procedure will generally have to be applied even if new tools are fully embraced. Therefore, merger policy could change since some mergers would be flagged that would have escaped under the HHI and vice versa, in particular if independent information of the diversion ratios is available and if these diversion ratios between products are substantially different from the ratio of the market shares.²¹¹ Overall it does not seem plausible, however, to associate new tools with either a strengthening or a softening of merger control.

New and unfamiliar tools could create some uncertainty with respect to their application and outcome. These new tools are, however, rather intuitive, focusing on the incentives to increase price after a merger that depends on the value of sales diverted to other products of the merged firm. To reduce this uncertainty, safe harbours for PPIs could be introduced. It has been suggested to use a GUPPI of 5% as a safe harbour as this would lead – given a linear demand function – to a price increase of 2.5%.

With respect to the definition of the relevant market in cases of abuse of dominance or of monopolisation, the direct effects approach cannot be considered as a method that can be applied uniformly to all cases, and could thus replace market definition. This stage of a competitive analysis can be dispensed with only if clear and verifiable evidence of the anticompetitive effects of a practice is available. Otherwise, the definition of the relevant market – despite the problems in particular in retrospective harm cases – adds valuable information and allows for a coherent assessment of the alleged abusive behaviour.

²¹⁰ See Simons and Coate (2010) or Varma (2009).

²¹¹ Froeb and Werden (2011).

To summarise, it can be said that there are circumstances where market definition could be dispensed with as a first step in a competition analysis since *e.g.* PPIs could constitute a better screen than the traditional concentration-based approach. In many cases, however, market definition will remain an important and valuable first screen, as well as a tool for setting the stage for a more thorough competition analysis. Thus, to paraphrase the famous words of Mark Twain: “The reports on the death of market definition are greatly exaggerated.”²¹²

6. Market definition as legal concept

The discussion in the previous sections has not only presented an overview of the methods used to define markets and traced the economic roots of these methods (section 2 and 3), discussed some conditions under which the correct application of these methods is particularly difficult and results may nevertheless be problematic as market shares may not give a good indication of market power (section 4) but has also given an overview of alternative tools and approaches that economists have developed in the last 20 years to measure market power and the likelihood of anticompetitive effects.

The ultimate inquiry in any competition analysis is whether a given transaction or behaviour produces anti-competitive effects. Market definition as introduced in section 2 and 3 is typically just a first step in this analysis. It is instrumental to the extent that it allows the calculation of market shares from which competition authorities typically infer the existence of market power. This makes the market definition/market power paradigm one of the most disputed issues in any particular case.²¹³

Certainly, there are a number of scenarios where market definition is problematic,²¹⁴ and in response to problems that continue to persist in the assessment of individual cases, economists have put forward tools that may allow a better assessment of the competitive effects of an investigated conduct or transaction. Supposing that competition authorities and courts have all the required information for directly evaluating effects or giving an initial indication of likely competitive harm readily at their disposal, such a direct assessment should be preferred to an indirect approach based on market definition.²¹⁵ One may therefore ask whether in such circumstances market definition is still a useful and necessary indicator of market power or method for screening cases. This question has both a legal and an economic dimension.

The debate on the changing and potentially diminishing role of market definition and the possibility of supplanting it with alternative tools has mainly focused on the economic aspects, and in particular on the properties and the alleged analytical superiority of alternatives in contrast to the market definition / market share paradigm. The legal repercussions that such a potentially substantial shift may produce have, however, not found much attention in the debate.²¹⁶ While the analysis of the legal aspects is mostly

²¹² After hearing that his obituary had been published in the New York Journal, Mark Twain is reported to have proclaimed: “The reports of my death are greatly exaggerated”.

²¹³ For the European Union see, for example, Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for Purposes of Community Competition Law, OJ C 372 [1997]. The “definition of the relevant market in both its product and its geographic dimension often has a decisive influence on the assessment of a competition case”. For the US, see Pitofsky (1990) “Knowledgeable antitrust practitioners have long known that the most important single issue in most enforcement actions – because so much depends on it – is market definition.”

²¹⁴ Some of the most important general conditions under which market definition is problematic both due to the difficulty of its correct application but also due to the fact that market shares are not a good indication of market power are discussed in section 4.

²¹⁵ OECD (2011).

²¹⁶ While most of the current discussion about the de-emphasis of market definition is driven by the developments in the merger area, and in particular by the use of the pricing pressure indices, the findings

conceptual, the observations formulated below should contribute to the ongoing discussion by providing an objective analysis of legal implications that allowing alternative tools alongside market definition may entail. In this section particular issues that competition authorities and courts should take into account when embracing alternative tools as substitutes or complements to traditional market definition are identified.

A legal discussion is of a particular importance given that the notion of ‘relevant market’ is now commonly used in virtually all countries where antitrust/competition laws exist. Depending on the degree that market definition concepts permeate competition law, allowing alternative methods may require lawyers and economist, practitioners and legislators to rethink the way in which antitrust analysis is and should be carried out. As the previous discussion suggests, a substantial shift in approach – implying possibly abandoning the concept altogether - continues to be nothing more than a remote possibility. Nevertheless, even complementing market definition with alternative methods or substituting it in specific circumstances requires an understanding of the extent to which market definition is inextricably embedded in the law and can be ‘surgically’ removed in certain parts of it. Indeed, market definition has taken on a life of its own that goes far beyond the role of an instrument allowing the prediction of likely anticompetitive harm in any individual case in many jurisdictions. Whether alternative instruments can be added to the analyst’s portfolio and whether these instruments may be allowed to replace or complement market definition is determined in particular by the answers to the following two questions: (1) To what extent is market definition legally required, and (2) To what extent has the embeddedness of the concept allowed market definition to take on a life of its own. To answer these two questions it is necessary to differentiate between the legal requirement of using market definition in the analysis of potential anticompetitive harm in any individual case and market definition as a concept employed outside a case specific effects analysis, for instance defining the scope of the law in case of safe harbour’s, Article 102 TFEU or even as a necessary ingredient to the calculation of fines.

6.1 *Substituting or complementing market definition?*

To facilitate further discussion it may be useful to distinguish between (i) partial (or complete) replacement of market definition, and (ii) a complementary use of alternative tools in addition to market definition. The emphasis under (i) is on partial replacement as complete replacement both as instrument in the effects analysis and in its wider roles seems unwarranted and unrealistic.²¹⁷ If market definition were to be removed completely from competition law, be it in the context of a dominance/monopolisation or merger, competition authorities would no longer delineate relevant markets. Partial replacement would refer to the removal (or replacement) of market definition only from a specific area of competition law, for instance merger control. A further possibility is to replace market definition only in certain categories of cases for which the alternative tools were designed (for example in horizontal mergers involving differentiated products). If total and partial replacement turn out to be either impossible or undesirable, competition authorities may still benefit from the use of new economic/econometric tools as complements to traditional market definition analysis.

Furthermore, partial replacement and complementary use are not necessarily mutually exclusive as in some instances new tools could be used in addition to, or instead of, the traditional structural approach

presented in this paper should be applicable to any future developments that may further put into question the utility of market definition. See for example Farrell and Shapiro (2010), Simons and Coate (2010), Epstein and Rubinfeld (2010).

²¹⁷ Kaplow (2011) and (2010) has been the most prominent recent proponent of the argument that market definition should be abandoned entirely. For a critical discussion of his arguments see Werden (2011).

based on market definition and market shares.²¹⁸ Moreover, recent developments, in particular in the area of merger analysis, indicate that at least in the nearest future, only complementary use and partial replacement may become a viable alternative to antitrust analysis based exclusively on market definition.²¹⁹

6.2 *Legal permissibility: market definition as a prerequisite*

The discussion of alternative tools to market definition and the idea of possibly dispensing with market definition at least in part, raises the question of whether market definition is legally required *per se*. As it is predominantly used to calculate market shares, identify competitors, measure concentration and make inferences about market power, it is possible that national laws may not explicitly require market definition to be established.

Where antitrust analysis under national laws is constructed with a focus on market power instead of market shares or market definition, there is a certain degree of flexibility that would allow the use of techniques other than market definition. Even if national law requires a market to be defined and mentions for example HHIs, laws can be changed.²²⁰ The feasibility of changing the relevant law and the time required varies across jurisdictions and depends on the level of a specific law in the hierarchy of sources of law.

First of all, one should distinguish between the use of hard versus soft law instruments. Putting aside disagreements among legal theorists about the precise meaning of the definitions, hard law commonly refers to “legally binding obligations that are precise (or can be made precise through adjudication or the issuance of detailed regulations) and that delegate authority for interpreting and implementing the law.”²²¹ Soft law, in contrast, refers to rules of practice that in principle are not binding, but which may nevertheless have practical effects.²²² The extent to which such effects may arise, however, varies across jurisdictions. For instance, in the EU the use of soft law instruments may create legitimate expectations, so that the competition authority should not depart from it without reason.²²³

To date, a substantial number of jurisdictions have opted for using soft law instruments as a means of providing guidance as to how the concept of relevant product and geographic market has to be applied. Competition authorities may choose to issue guidelines or notices that determine the analytical framework

²¹⁸ Such a view has been expressed by the expert of the plaintiff in US case: *The City of New York v. Group Health Incorporated, Hip Foundation, Inc., and Health Insurance Plan of Greater New York* (2010).

²¹⁹ According to Werden (2012) “a more detailed examination of modern merger analysis reveals that market delineation can be dispensed with only in some cases.” The most compelling case for such a shift, in his view, can be made in terms of consummated mergers and cases concerning unilateral effects.

²²⁰ Lopatka (2011).

²²¹ Abbott and Snidal (2000).

²²² Snyder (1993).

²²³ The European Court of Justice recognised soft law instruments as an important means to ensure the uniform interpretation and thereby also the uniform application of the Community customs rules. In 1989, the Court ruled in the *Grimaldi* case that national courts are to take into account not only hard law, but also legally non-binding instruments, such as recommendations, etc. *Grimaldi v. Fonds des Maldies Professionnelles* [1989] ECR 4407. The Commission must comply with self-imposed rules, such as guidelines, because even if they “may not be regarded as rules of law which the administration is always bound to observe, they nevertheless form rules of practice from which the administration may not depart in an individual case without giving reasons that are compatible with the principle of equal treatment.” Case C-397/03 P *Archer Daniels Midland Co. v. Commission* [2006] ECR I-4429, para. 91.

for the application of the relevant market concept for the purposes of the application of competition law. The European Commission's *Notice on the Definition of the Relevant Market* is a case in point.²²⁴ Alternatively, guidance on market definition may be provided in guidelines concerned with the assessment of specific categories of cases. This is the case for the US Horizontal Merger Guidelines²²⁵ or various guidelines issued by the European Commission in relation to the applicability of Article 101 TFEU.²²⁶

In addition, or as an alternative to soft law instruments, the concept of market definition may be defined and a procedure for its use may explicitly be established in primary sources of law, such as statutes, regulations and case law.

Some countries have in fact chosen to incorporate the term 'relevant market' into their competition statutes. By doing so, they have turned market definition into a statutory prerequisite.²²⁷ Codifying the concept of relevant markets may have been particularly tempting for countries that relatively recently adopted a competition law.²²⁸ For instance, in contrast to competition acts of many other EU member states, the Polish Act on Competition and Consumer Protection contains in Article 4 an explicit definition of several fundamental concepts including market definition.²²⁹ Similar provisions can also be found in other jurisdictions.²³⁰

In addition to the explicit definition, but also in its absence, national laws may include references to the notion of relevant market in various provisions and regulations accompanying competition acts. Take as an example "Form CO" used in the EU, which requires a very detailed reporting of information requested under the merger notification procedure. In accordance with Section 6 to 8 of the form, the notifying parties have to provide information concerning 'affected markets'. Also, provisions relating to

²²⁴ *Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, O.J. [1997] C372/5. Guidelines of such a generic nature have also been adopted in China (May 2009) and Malaysia (2010). In fact the extensive use of guidelines by the Commission may in addition to its administrative, civil law tradition be a reason for the popularity of EU competition law in jurisdictions wanting to adopt a competition law regime.

²²⁵ Similar guidelines have been adopted in a number of jurisdictions. See for example Canada and UK.

²²⁶ *US Horizontal Merger Guidelines* (2010), *EU Commission's Guidelines on the application of Article 101 to technology transfer agreements* O.J. [2004] C 101/2, paras. 19-25; *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* O.J. [2011] C11/1, paras. 112-126 *et al*; *Guidelines on Vertical Restraints* O.J. [2010] C130/1, paras. 86-95.

²²⁷ One may suggest here that pricing pressure indices may be used to reverse engineer market definition as discussed in section 5 allowing a relevant market to be defined.

²²⁸ To some extent this tendency to orient the law on the most recent generally accepted standard is true also for European and German competition law that both were adopted at a time when dominance in itself was considered suspect. The early phases of both laws also fall into the peak times of the structure-conduct-performance paradigm which may explain why Article 102 TFEU for example was based on a "simple" dominance test that under per se violations would be sufficient to prohibit certain conduct. Even if per se prohibitions have now widely made way to an effects analysis, the initial dominance analysis remains. As has been hinted at before, this even implies two types of market definition, one for determining the applicability of the law based on competitive prices (based on LRAIC) and possibly another where market definition is used as an instrument in the effects analysis either based on current or but-for prices depending on whether the suspected infringement is pro- or retrospective.

²²⁹ Polish Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection (Journal of Laws of 2007, No. 50, item 331, available at: http://www.uokik.gov.pl/competition_protection.php).

²³⁰ This is for instance the case in the Slovak Act on Protection of Competition, the Hungarian Competition Act 2009, the Indian Competition Act of 2002, amended in 2007, and the Mexican law of 2012.

dominant position and decisions/agreements of minor importance will typically explicitly refer to the market definition/market share paradigm.²³¹

Alternatively, even in civil law systems, a requirement to define the relevant market may be established in the case law. Continuous reference to leading cases clearly shows that it will not be easy to avoid existing precedents in attempts to challenge future conducts or transactions without establishing a relevant market first. In the US, courts often invoke *Brown Shoe* where the US Supreme Court ruled that “determination of the relevant market is a necessary predicate to a finding of a violation of the Clayton Act.”²³² In Ireland, in its first case that dealt with substantive competition law issues, the Supreme Court held that “identification of the relevant products and markets are the necessary starting point in every case.”²³³

Cases, however, should be and are best assessed in a historical context. When the US Supreme Court accepted market shares as the “base upon which to build conclusions of the probable future effects of the merger”, which in turn rendered market delineation a “necessary predicate”,²³⁴ the then-prevailing structure-conduct-performance paradigm in industrial organisation created a direct link between high concentration and poor market performance. Moreover, the Court did not have alternative economic tools at its disposal at the time. With the advancements in economic theory, econometrics and the availability of data, however, such tools are now more readily available, and start to be used more frequently by competition authorities,²³⁵ while the developments in industrial organisation have led courts and scholars to recognise that in some instances “high concentration can be compatible with vigorous competition and efficient market performance.”²³⁶

When the law explicitly requires market definition, the feasibility of introducing amendments or possibly removing given legislation altogether, depends on relevant national procedures and the level of a given law in the hierarchy of sources. While legislation and statutes would require parliaments to take necessary steps, case precedents would have to be set aside by the courts. Overturning them may not be an easy task, but as the landmark US case, *Leegin Creative*, shows, it is not impossible.²³⁷

As already pointed out, where under national legislation antitrust analysis hinges on market power rather than market shares, the use of other tools should pose less problems. The possibility to embrace new tools will depend not only on the status of market definition, but possibly also on the type of enforcement.

²³¹ For instance, in accordance with Article 9 item 4 of the Polish Act on competition and consumer protection a “dominant position shall mean [a] position of the entrepreneur which allows him to prevent (the) efficient competition on the relevant market thus enabling him to act in a significant degree independently from competitors, contracting parties and consumers; it is assumed that entrepreneur holds a dominant position where his market share exceeds 40%”. See also European Commission’s Notice on Agreements of Minor Importance, O.J. [2001] C 368/13.

²³² *Brown Shoe*, 370 U.S., quoting *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 593 (1957).

²³³ Judgment of the Irish Supreme Court in Competition Authority -v- O'Regan & ors, [2007] IESC 22. This is also the case in Australia. Note, however, that these requirements can also be fulfilled only in cases brought and would therefore not generally preclude the use of other screens.

²³⁴ The US Supreme Court in *Brown Shoe Co. v. United States* (1962).

²³⁵ See OECD (2011).

²³⁶ Farrell and Shapiro (2010).

²³⁷ In a landmark 5-4 decision, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, the US Supreme Court overruled a nearly 100 years old precedent established in *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & co.*, 220 U.S. 373 (1911). In *Dr. Miles*, the Court held that resale price maintenance (RPM) was *per se* illegal under Section 1 Sherman Act. Overruling its earlier decision, the Court held that RPM should be examined under the rule of reason in light of case specific facts.

In the US, where antitrust laws are mostly privately enforced, courts may more readily accept the use of new tools instead of or in addition to market definition. While an attempt to invoke the UPP test was rejected by the District Court in *City of New York v. Group Health Incorporated*, the Second Circuit on the appeal held that while the plaintiff explained the UPP test's usefulness in assessing the impact of a merger, it did "not explain how the test can substitute for a definition of the relevant market in the pleadings". In light of such wording, one could speculate that if a plaintiff were to convincingly explain how UPP, or any other tool, could substitute for market definition, courts would at least consider the viability of such arguments.²³⁸

6.3 *Legal repercussions of removing or complementing market definition*

Assuming that obstacles such as legislation and cases that explicitly require market definition can be overcome, there are still a number of other issues that have to be taken into consideration. First of all, the notion of the relevant market may be intrinsically embedded in competition law analysis, in which case abandoning it would be extremely difficult. Second, where market definition can actually be "surgically" removed, the shift away from market definition can increase the level of uncertainty for the ultimate addressees of competition law provisions but also for competition authorities and courts.

6.3.1 *Embeddedness and the internal consistency of competition law*

The extent to which the concept of market definition is embedded in competition law varies across jurisdictions. In the EU for example, market definition generally plays an important role in all areas of competition law (Article 101 and 102 TFEU as well as mergers), but the approach to market definition differs depending on the type of case in which the relevant market is to be defined.²³⁹

In accordance with the EU Guidelines on market definition, "market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. [...] The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face."²⁴⁰ In certain circumstances, it may, however, not be necessary to arrive at a firm conclusion on the scope of the relevant market since the transaction is unlikely to inflict harm on competition irrespective of how narrow the market is defined.²⁴¹

²³⁸ In the UK tools such as IPR have already been used for several years. See for example the UK Competition Commission's cases such as *Somerfield/Morrisons*, *JBB/Sports Direct*, *Masschash/Finro, Co-op/Somerfield*, and *Asda/Netto*.

²³⁹ Case T-62/98, *Volkswagen AG v. Commission* [2000] ECR II-2707, para. 230: "As regards the scope of the Commission's obligation to define the relevant market before finding an infringement of the Community competition rules, the Court points out that the approach to defining the relevant market differs according to whether Article 101 or Article 102 TFEU is to be applied. For the purposes of Article 102, the proper definition of the relevant market is a necessary precondition for any judgment as to allegedly anticompetitive behaviour, since, before an abuse of a dominant position is ascertained, it is necessary to establish the existence of a dominant position in a given market, which presupposes that such a market has already been defined. On the other hand, for the purposes of applying Article 101, the reason for defining the relevant market, if at all, is to determine whether the agreement, the decision by an association of undertakings or the concerted practice at issue is liable to affect trade between Member States and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market."

²⁴⁰ EU Guidelines on market definition [1997], para. 2.

²⁴¹ See for instance Case No. COMP/M.5747 – *Iberia/British Airways*.

While the EU Guidelines apply to all areas of competition law, market definition has historically been of a much higher importance in merger and abuse of dominance cases.²⁴² Nevertheless, market definition has also played a role in identifying competitive constraints in the context of agreements. The increased emphasis on market definition in the context of Article 101 TFEU cases can be explained by two developments: (i) Commission's policy on vertical and horizontal restraints, which rely on market shares, and (ii) the abolition of the notification system of agreements for individual exemption under Article 101(3) TFEU.²⁴³ As a result, the responsibility for the assessment of possible anti-competitive effects of contracts and other practices has been relegated to the concerned undertakings. Parties to an agreement now have to decide themselves whether their agreement qualifies for an exemption or violates competition law. That in turn requires that they carefully assess the economic context of the agreement, which involves, among others, the definition of the relevant product and geographic market.

This need to self-assess one's own position in the market is equally important for the application of Article 102 TFEU and other national provisions inspired by it. In the EU only dominant firms fall under Article 102 TFEU and have to ensure that their conduct does not violate the law. This means that otherwise lawful practices become unlawful when implemented by a dominant firm. Historically this was in line with the Structure-Conduct-Performance presumption that large market shares combined with certain conduct would be sufficient to establish abuse. Today it is recognised that market shares can only be a first indication, but the idea prevails that they provide "valuable information about the structure of the market and of the relative importance of the undertakings active in it".²⁴⁴ Therefore, when specific provisions either explicitly or implicitly rely on a certain market share threshold, only the calculation of the shares, which in turn requires definition of the relevant market, can trigger the application of such provisions.

If market definition served only the purpose of arriving at case specific conclusions about market power and ultimately competitive harm, replacing it could be considered relatively easy. As outlined above, however, at least in some jurisdictions market definition is much more than just a method to answer the technical case specific question of whether a given transaction or conduct produces anti-competitive effects even if historically it was only considered an instrument indicative of competition law abuses.

In addition to its role as a trigger for the application of certain provisions, market definition may also play an important role in the determination of fines. In accordance with §13 of the EU Guidelines on setting fines, "the Commission will take the value of the undertaking's sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic area within the EEA"²⁴⁵ as a starting point "in determining the basic amount of the fine to be imposed". In Switzerland in accordance with Article 4 of the Ordinance on Sanctions, fines are determined on the basis of the turnover achieved by the undertakings concerned in the relevant market in the last three years.²⁴⁶ Also in the UK, the starting

²⁴² As merger analysis is prospective, market definition as for instance implemented using the SSNIP test would start from pre-merger prices. In abuse of dominance cases the effects analysis would either start – as in merger control – by using current prices in case the suspected infringement is prospective and, typically, with but-for prices that try to reconstruct prices in the absence of the alleged infringement. In addition to this effects oriented instrumental use of market definition, Article 102 TFEU requires an initial dominance test that would be conducted by market definition based on competitive prices as hypothetically arrived at using LRAIC or AAC. See European Commission (2009), para. 26.

²⁴³ The replacement of the individual exemption regime established by Regulation 17/62 by means of Regulation 1/2003 abolished the Commission's monopoly in the application of Article 101(3) TFEU that is now also enforced by national competition authorities.

²⁴⁴ Whish (2012:181).

²⁴⁵ *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003*, O.J. [2006] C 210/2.

²⁴⁶ Ordinance on Sanctions imposed for Unlawful Restraints of Competition [2004].

point for calculating the level of financial penalty is the ‘relevant turnover’, which refers to the turnover of the undertaking in the relevant product and relevant geographic market.²⁴⁷

Definition of the relevant market is equally important in private enforcement cases. In February 2009, the *Corte Suprema di Cassazione* (Italian Supreme Court of Cassation) delivered an important judgment in which it underlined the need for an accurate and precise market definition in antitrust damages cases. The Court quashed a judgment of the Court of Appeal of Bari that excluded the existence of a dominant position, and consequently, the existence of a violation of competition law on the grounds that the Court of Appeal had not carried out a proper analysis concerning the definition of the relevant market.²⁴⁸

To fully appreciate the extent to which the concept of market definition is embedded in competition law, one should also take into account repercussions that dispensing it would have on other areas of law with procedures that have been directly inspired by competition law.

For instance, sector-specific regulation, such as the 2003 regulatory framework for electronic communications applies *ex ante* as opposed to competition law, which applies *ex post*. While competition law intervention is triggered by an anti-competitive conduct, sector-specific regulation is triggered by the presence of specific market characteristics, which put market definition at the centre of regulatory intervention.²⁴⁹ In contrast to the 1998 regulatory framework, relevant markets under the 2003 framework are to be defined in accordance with competition law methodologies, and in particular the HMT/SSNIP test.

6.3.2 *Legal certainty*

Uncertainty is an all-pervasive problem in competition law and to a certain extent it cannot be divorced from competition law analysis. The discussion of partial replacement or complementing market definition begs the question whether alternative tools affect the existing level of legal certainty. To proceed with the analysis, the following section distinguishes between the use of market definition in a narrow technical sense in the analysis of potential anti-competitive effects in a specific case and the role that market definition plays more widely as a legal requisite or instrument that either triggers the application of certain provisions or is required to calculate fines. An example of this distinct use of market definition is Article 102 TFEU where market definition may be incorporated in the effects analysis but where (a different) market definition first has to establish dominance of the concerned undertaking. To illustrate potential problems, we discuss uncertainty in three different dimensions, all of which refer to the role of market definition in a narrow technical sense.

In addition to the uncertainty considerations on the instrumental level that follow below, reducing the role of market definition in competition law poses some more general questions as it may make it more difficult for businesses to enjoy some degree of predictability in business planning. Predictability is particularly important when application of competition law is triggered by the achievement of a specific threshold expressed in the percentage of a market share, for instance in case of dominance requirements or the use of safe harbours. To the extent new tools are not suitable for defining thresholds or do not allow the calculation of thresholds over a range of conducts or are more difficult to calculate, legal certainty is likely to suffer.

²⁴⁷ OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty [2004].

²⁴⁸ Corte Suprema di Cassazione, *Cetel/Enel*, 13 February 2009.

²⁴⁹ In accordance with Article 15 of the Framework Directive, the Commission adopts a recommendation on the relevant product and service markets. This recommendation, subject to revision, identifies those product and service markets within the electronic communications sector, the characteristics of which render them susceptible to *ex ante* regulation.

6.3.2.1 *The value of market definition as a precedent*

One of the advantages of market definition over alternative tools directly aiming at establishing anticompetitive effects is its ability to act as a precedent in subsequent investigations.²⁵⁰ Technological or other developments in an industry could have a bearing on market definition, as the boundaries of the market may change over time.²⁵¹ Such changes are, however, not sufficiently frequent to invalidate the general precedence value of a defined market in the context of one case for another in the same market. Even if ultimately the market definition has to be adjusted or even replaced, a once defined market is a solid starting point for any subsequent competition analysis.²⁵² So while the definition of the relevant market must be identified according to the particular facts of each case, in the absence of substantial changes in the market, earlier definitions may provide useful precedence and guidance to market players.²⁵³ Having therefore defined a relevant market in the context of a merger case for example, this market definition can be used as a basis²⁵⁴ for subsequent (merger and non-merger) cases, saving resources of the authority and allowing a better self-assessment of companies.²⁵⁵

A relevant market defined in one case will therefore have a precedent value for defining a market in any subsequent case irrespective of its type. The application of alternative tools to market definition, however, does not allow the same type of “portability” as the focus of these methods is directly on effects. While such an effects analysis may of course allow some conclusions as to what the relevant market is likely to be, a description of effects in an abuse of dominance case in any particular industry is unlikely to be of much help if subsequently a merger in that industry is to be considered.²⁵⁶ An indirect approach to effects is therefore likely to have a much more important precedence value than any direct assessment of competition effects.

6.3.2.2 *Degree of predictability in a technical economic sense*

Concerns about the reduced degree of predictability in essence refer to the precision of a given method. In considering partial replacement, competent bodies and authorities should therefore compare the

²⁵⁰ The distinction between direct effects analysis and market definition is not always as clear-cut as suggested here. For instance, many merger simulations are based on logit models, which require estimates of market shares. These clearly require a prior definition of the relevant markets. Werden (2012:11), for instance, submits that it is not always possible to satisfactorily predict unilateral effects using solely new tools without delineating a relevant market.

²⁵¹ For instance a geographic market definition is likely to change with a substantial decrease of transportation cost.

²⁵² It has of course to be acknowledged that there are limits to this as remarked by the EU General Court in *Coca-Cola Co v. Commission* where it was stated that a market definition from a previous decision can not automatically be considered binding in the case of subsequent investigations. Cases T-125/97 and T-127/97 [2000] ECR II-1733 [2000] 5 CMLR 467.

²⁵³ For instance in Case COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, the Commission adopted market definition previously accepted by the Court in Case C-333/94P, *Tetra Pak II* [1996] ECR I-5951.

²⁵⁴ This is also standard practice for other competition authorities such as the German Federal Cartel Office.

²⁵⁵ While undertakings in the EU cannot have a legitimate expectation that the Commission will follow the market definition adopted in previous cases, the Commission has to give an account of its reasoning if a decision deviates from previous decision-making practice. See Case T-151/05 *Nederlandse Vakbond Varkenshouders v Commission* [2009] ECR II-1219, [2009] 5 CMLR 1613, para. 136-140; Case 73/74 *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique and Others v Commission* [1975] ECR 1491, para. 31.

²⁵⁶ Some of the methods discussed in section 5 allow a reverse engineering of market definition.

variability of results produced by the application of the market definition / market share paradigm with results produced by alternative methods. If a particular method results in a higher variability, parties may put forward arguments supporting more extreme positions, resulting in a wider spectrum of plausible assessments. A particularly plausible example of this risk is the lack of robustness of pricing pressure indices with respect to predictions about the magnitude of price effects. The fact that pricing pressure indices require assumptions about the shape of the demand function potentially open the door to substantially different outcomes in the analysis as the magnitude of the calculated price effect crucially hinges on such information. While this argument concerns the intrinsic variability of any given instrument, it would of course not be surprising to find that a newly introduced method initially produces higher variability in light of the relative inexperience of its advocates.

This could also be observed with respect to market definition, for instance in the context of submarkets²⁵⁷ or in its early days when the cellophane fallacy was committed. It would therefore not be surprising that any new methodology, irrespective of its inherent degree of variability, creates some (additional) uncertainty until sufficient experience in handling it has been gained by all relevant parties to competition cases.

In a technical economic sense and as previously discussed in section 4 it seems already clear today that under certain circumstances market definition will not perform as well as alternative tools. As stated previously, this is not only due to the difficulties of applying market definition correctly in certain circumstances but more importantly to the fact that the underlying rationale, namely that market shares will be indicative of market power, is not generally true.

What is relevant from a policy perspective is clearly the maturity and empirical robustness of alternative tools. For now, even the most likely candidate, namely pricing pressure indices, have not, at least according to critics, “achieved the level of support in the economics community that is necessary to support firm legal doctrines”²⁵⁸.

As long as the use of a particular tool or methodology cannot be supported by convincing empirical evidence testifying to its performance, attempts to de-emphasise market definition in courts may be rare and limited as beginning the case with market definition is “the smart way to secure an appellate victory” (FTC Commission Rosch).²⁵⁹

On a more practical note, it is worth adding that the opportunities for using alternative tools may more often arise in merger than in monopolisation cases. This is due to likely divergent incentives firms may have to provide competition authorities with information necessary to use complex economic tools. In light of the interest of seeing a merger cleared quickly, parties may be more forthcoming in providing the data necessary for economic analysis than in cases where firms generally benefit from delay and may anyhow prefer not to reveal too much information.

6.3.2.3 *Repercussions of methodological pluralism*

The market definition approach to assessing effects in competition law cases exhibits an important flexibility allowing the analysis of a wide range of potential competition law problems from mergers to

²⁵⁷ See Baker (2007:150).

²⁵⁸ Lopatka (2011).

²⁵⁹ *FTC v. Laboratory Corporation of America*: “The failure to properly define a relevant market may lead to the dismissal of a Section 7 claim”, see *Freeman Hospital*, 69 F.3d at 268.

monopolisation cases. This flexibility in turn affects its degree of sophistication when it comes to the assessment of highly specific cases.²⁶⁰

From this perspective it may not be surprising that certain alternative methodologies outperform market definition under specific circumstances thereby raising the question of methodological pluralism. On the face of it, it may appear very attractive to use different methodologies depending on the circumstances and needs of the case.

While allowing for a large toolkit of methods for analysing economic effects in competition law cases may allow a more accurate assessment of competition effects in each case, market definition allowed for a relatively uniform antitrust analysis across cases.

The use of any approach, be it based on market definition, pricing pressure indices or any other method, implies a certain variability in analytical outcomes that creates uncertainty. This uncertainty is, however, unavoidably exacerbated when another layer of uncertainty is added through methodological pluralism, *i.e.* the choice of instrument.

The possibility to directly assess the competitive constraints faced by a firm or firms whose conduct or transaction is subject to investigation seems both more appealing and preferable to an indirect approach based on market definition at least with respect to the accurateness of the findings. It is furthermore very tempting to allow for a choice in method that would allow a customised approach to competition analysis. Indeed, such plurality of methods gives competition authorities more flexibility in carrying out a thorough analysis as they can choose the tool that best suits the particular circumstances of any given case. Setting aside the potential drawbacks of this increased discretion of the enforcement authority, it is clear that such methodological pluralism increases uncertainty and may lead to a possible fragmentation of competition law.²⁶¹ In addition to any uncertainty regarding the application of any particular method, methodological pluralism implies that there is the additional uncertainty about what method is the most pertinent one. In addition, when two methodologies complement each other, there is a risk that they produce conflicting results, further exacerbating the problem.

6.3.2.4. *Conclusions concerning legal certainty*

In addition to the general certainty created by the fact that market definition is embedded in competition law, as for example exemplified in the concept of dominance or safe harbours, used in varying degrees in different jurisdictions, this section has introduced three dimensions of uncertainty that may be relevant for considering whether market definition should be complemented or possibly even replaced as a tool in investigating anticompetitive effects in any particular case.

The first argument presented was the differing precedence value of market definition as opposed to alternative instruments across cases. A direct identification of anti-competitive effects in any particular case may not allow many inferences to be drawn for a different case even if similar markets, products and geographic locations are concerned.

²⁶⁰ To that end, it should be recalled that market definition as conducted on the basis of the SSNIP test was originally devised in the context of mergers with homogenous products.

²⁶¹ Fragmentation of the law is of course not an additional concern to uncertainty. A rule of reason or case-by-case approach is, however, generally not ideal if similarly accurate general rules can be devised. Economists, in particular consultants, seem too often willing to embrace shortcuts by simply calling for a case-by-case analysis instead of embracing the much more complicated task of devising economically sound general rules. See Maier-Rigaud (2006:100).

The second argument concerned the variability of results under any particular method. While this is also influenced by the experience all relevant parties to an antitrust case have with respect to the method, there are direct reasons for differences in variability that are linked to data requirements for example but also to the method in itself (visible under theoretically perfect conditions of applicability).

The third point concerns the additional uncertainty that is brought about by methodological pluralism. In *FTC v. Whole Foods Mkt., Inc.*, the US Court of Appeals acknowledged that “although the framework for a prima facie §7 of the Clayton Act, 15 U.S.C.S. § 18, case rests on defining a market and showing undue concentration in that market, this analytical structure does not exhaust the possible ways to prove a § 7 violation on the merits.”²⁶² Therefore, in theory other tools could be used as well.²⁶³

As soon as it is possible to choose among several methods, however, uncertainty inherent to the use of any given method is further increased given that it may not be clear which particular method should apply in any particular case.

6.4 *Institutional constraints*

Competition law does not exist in a vacuum. It is applied and enforced by various actors and institutions. Assessment of the implications of (partially) dispensing or complementing market definition would be incomplete if it did not account for the ability of the competent bodies to embrace new tools.

New tools certainly require economic expertise, and to the extent that some competition authorities may not have a sufficient number of well-qualified economists, the use of more sophisticated tools may be undesirable.²⁶⁴ These arguments have, however, to be taken with a grain of salt as evidence on price effects under pricing pressure indices is likely to be a much more intuitive concept than the squaring of market shares in the context of an HHI that was also met with considerable resistance when initially introduced in the US. Nevertheless, with all its shortcomings, an advantage of using market definition is that it has been applied extensively over a lengthy period of time in a number of jurisdictions. Consequently, there is an extensive body of case law that less experienced authorities may find useful and informative.²⁶⁵ In addition

²⁶² *FTC v. Whole Foods Mkt., Inc.*, 548 F.3d.

²⁶³ The US Department of Justice acknowledged that this could also be the case in the context of monopolisation cases. In its 2008 Report on Single-Firm Conduct, the DoJ explained that “if a dominant firm’s conduct has been demonstrated to cause competitive harm, one could rely simply on that evidence and dispense with the market definition requirement entirely.”²⁶³ However, having said that, the DoJ also recognised that “there are concerns with taking such an approach. One important concern is that effects evidence, while very valuable, is generally imperfect, and sometimes subject to differing interpretations. For this reason, also requiring a traditional market-definition exercise—incorporating, perhaps, available evidence of alleged effects—likely adds value by strengthening inferences and thereby avoiding potentially costly errors”. Moreover, “direct evidence of a firm’s profits, margins or demand elasticities is not likely to provide an accurate or reliable alternative to the traditional approach of first defining the relevant market and then examining market shares and entry conditions when trying to determine whether the firm possesses monopoly power.

²⁶⁴ Lopatka (2011) for instance warns that the use of more sophisticated tools risks that “antitrust lawyers and judges who are not well versed in economics” may be excluded from the dialogue that determines the result. Courts exhibit, however, a long history of judges deciding in technical medical or other cases so that this concern may be exaggerated. From a more fundamental point of view it is unsustainable to argue against superior methods simply on the basis that those currently applying the olds methods may have some difficulty adjusting. If that were a decisive criterion it is difficult to perceive of any progress in any area.

²⁶⁵ A similar concern is for young authorities to skip the phases of development that the mature competition law regimes went through and directly delve into an effects-based analysis where any economic tool may

market definition is often used as an initial screen, not as a replacement for a full analysis. In that function market definition is probably the most resource efficient approach an authority can consider.

While the problems of institutional constraints may be less severe for administrative law systems, concerns have also been raised by economist in adversarial systems. Carlton (2010), for instance, argues that “any suggestion that the court should abandon the use of market definition when analysing the competitive effects of mergers is unwise, as the failure to define markets would likely increase the number of erroneous decisions reached by courts”. With an increased use of econometric techniques, one could expect a serious discrepancy between tasks judges are required to perform and tasks judges will actually be capable of performing.²⁶⁶

6.5 *International alignment*

Discussions concerning the diminishing role of market definition have up to date taken place in a few jurisdictions with mature and well-established competition law regimes. In light of the widespread adoption of competition laws all over the world, it may be useful and informative to take into account the impact that complementing or partially replacing market definition may have on less experienced jurisdictions.²⁶⁷

While realistically speaking it is unlikely that inspired by such instruments as the US Horizontal Merger Guidelines other foreign agencies would simply ignore market definition altogether, effective and consistent implementation of antitrust may be put at risk even when the authorities simply decide to downplay market definition as a tool.²⁶⁸

With the adoption of alternative tools by only some jurisdictions there is a risk that the assessment of international mergers when authorities involved use completely different approaches, could more often lead to inconsistent and mutually exclusive findings.

7. **Conclusion**

Market definition was introduced into competition law in order to help competition authorities in assessing market power allowing the evaluation of anti-competitive effects and enforcing competition law. This tool has been developed as an answer to the question of the existence, the creation and the

be allowed. It would seem more advisable for authorities to start with an arguably less cutting edge but ultimately much more robust approach to competition law and that would certainly take substantial recourse to market definition.

²⁶⁶ Baker and Bresnahan (2008).

²⁶⁷ The impact that developments in the leading jurisdictions tend to have on others should not be underestimated. Take as an example the revision of the Canadian Merger Enforcement Guidelines (MEGs). The Competition Bureau explicitly asked in its Discussion Paper whether it should consider revising the Guidelines to shift emphasis away from the detailed assessment of market definition and more towards a direct assessment of competitive effects (Question 1a). It may be interesting to note that in response to the consultation, the Sections of Antitrust Law and International Law of the American Bar Association (ABA) replied that they do not support the view that the Bureau should move away from a detailed assessment of market definition. Actually, “to the contrary the Sections recommend that the Bureau reaffirm in the MEGs that market definition is an indispensable element of any decision to challenge a transaction – including in cases for which facts and economic tools are available to enable the Bureau to assess competitive effects more directly”. Submissions available at: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03338.html>

²⁶⁸ Carlton and Israel (2010).

strengthening of market power in a historic context with a particular vision of what competition problems are and how they should be analysed. Over time, this perception has changed, and also the role of market definition has expanded. In addition to its function as an indirect method to assess market power, market definition currently also determines the applicability of competition law provisions including exceptions.

Market definition is an important first step in a competition analysis because a direct assessment of market power and competition effects is often either not possible or overly time consuming. In addition, the ubiquity of the market share approach provides a high degree of certainty across cases. It also has an important signalling function for companies, for example in the context of market dominance or safe harbours.

Market definition is usually carried out by using the hypothetical monopolist test which can be implemented by critical loss analysis. When applied as an instrument in the analysis of competitive effects, market shares and changes in concentration can be used as an indicator of (increased) market power and possible competition effects, for example in a merger context. Market definition is, however, not restricted to this role. It fulfils other case specific functions such as identifying the area of competition, the market participants, and the boundaries of the market, that are important in the analysis of market barriers.

Market concentration and changes in the HHI are, however, not always accurate indicators of (possible) negative effects on competition. This is particularly true for markets with differentiated products and for bidding markets, where the closeness of competition is more important than the level of and the change in concentration. In abuse cases, particular difficulties arise in the definition of the relevant market because it is closely linked to the theory of harm where it has to be determined whether the analysis is pro- or retrospective. Also, there is often no direct link between market shares and the competition effects of a particular business practice.

As a result, alternative tools have been developed that under certain circumstances allow for a more precise assessment of competition effects than the concentration-based approach. Various pricing pressure indices have been proposed that could provide a better screen for mergers in differentiated product markets than the market definition / market share approach which often does not yield satisfactory results because it does not take into account the intensity of competition. In principle, these tools allow authorities to dispense with market definition as a first step in a merger analysis, provided the necessary information is available. In abuse cases, it has been suggested to dispense with market definition altogether and replace it with a direct effects analysis. But this is also restricted to cases of clear evidence of anticompetitive effects.

Since these tools are specialised instruments designed for special circumstances, they have to be used with caution. If applied to situations for which they were not designed, pricing pressure indices for example will produce misleading results. While pricing pressure indices may perform well in differentiated products markets in flagging mergers that give rise to competition concern, they require information about the substitution behaviour of consumers and the margins of the firms. An estimate of the magnitude of the price effects of a merger by pricing pressure indices crucially hinges on assumptions about the shape of the demand function. This may lead to a higher variability in predictions than desirable.

Economic theory has developed a whole portfolio of tools and the choice of the appropriate method depends on several factors including the information available, the type of suspected competition problem and of course the type of industry concerned. This portfolio of methods could allow a competition authority to choose the investigation methods according to the particulars of each case and thereby allow for a higher accuracy in individual cases.

From an economic point of view, it would indeed seem sensible not to concentrate on just one single method. Broadening the scope of analysis and allowing different methods to increase the precision in

analysing potential anticompetitive effects may on balance be useful but also requires considering the repercussions with respect to the predictability of competition law. Flexibility in the use of different approaches that could either be substitutes or complements needs to be weighed against potentially negative repercussions on legal certainty.

Generally speaking the new proposed tools are not expected to change competition policy radically. In merger policy they are likely to play an important role only in markets with differentiated products and price competition where unilateral effects are the major concern. The impact on other areas of competition law is likely to be more muted.

Market definition is an important and indispensable tool for the analysis of potential anticompetitive effects in individual cases and, in a substantial number of jurisdictions, also for determining the applicability of competition law. Nevertheless, analytical progress should be allowed and it should therefore be possible to resort to tools that are more suited to certain cases than the market definition / market share approach. In some sense it is not surprising that the answer to the question of how best to assess market power for the purposes of establishing competition law infringements is changing and will continue to change. How this change can be accomplished depends not only on the respective legal system and its tradition but also on how deeply market definition is embedded in competition law.

BIBLIOGRAPHY

- ABBOTT, K. W. and D. SNIDAL (2000), "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, vol. 54, no. 3, pp. 421-456.
- ALEKSANDROV, A, G. DELTAS and D.F. SPULBER (2011), "Antitrust and Competition in Two-Sided Markets", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, pp. 775-812.
- ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), Report and Recommendations, available at: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm
- AREEDA, PH. and D.F. TURNER (1978), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, Aspen Law & Business, New York.
- ARMSTRONG, M. (2006), "Competition in Two-Sided Markets", *RAND Journal of Economics* vol. 37, no. 3, pp. 668-691.
- AYRES, I. (1985): "Rationalizing Antitrust Cluster Markets", *Yale Law Journal*, vol. 95, pp. 109-125.
- BAILEY, E., G. LEONARD, S. OLLEY and L. WU (2010), "Merger Screen: Market-Share Based Approaches Versus Upward Pressure on Price", *The Antitrust Source*, February 2010, pp. 1-10.
- BAKER, J.B. (2002), "Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws", *New York University Law Review*, vol. 77, pp. 135-203.
- BAKER, J.B. (2007), "Market Definition: An Analytical Overview", *Antitrust Law Journal*, vol. 74, pp. 129-173.
- BAKER, J.B. (2007a), "Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation", mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261.
- BAKER, J.B. (2010), "Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers", in K. HYLTON (ed.), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 234-260.
- BAKER, J.B. (2011), "Merger Simulation in an Administrative Context", mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1790943.
- BAKER, J.B. and T.F. BRESNAHAN (1988), "Estimating the Residual Demand Curve Facing a Single Firm", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 6, pp. 283-300.
- BAKER, J.B. and T.F. BRESNAHAN (2008), "Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power", in P. BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Mass., pp. 1- 42.

- BAKER, J.B. and D. REITMAN (2009), *Research Topics in Unilateral Effects Analysis*, American University, College of Law, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1504863.
- BAUER, J.P. (2006), “Antitrust Implications of Aftermarkets”, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 06-14, available at: <http://www.nd.edu/~ndlaw/faculty/bauer/antitrustimplications.pdf>.
- BEATON-WELLS, C. (2006), “Mergers without Markets? Unilateral Effects in the United States and its Prospects in Australia”, *Australian Business Law Review*, vol. 34, p. 186.
- BISHOP, B. and M. WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet and Maxwell, London.
- BOADWAY, R. and N. BRUCE (1984): *Welfare Economics*, Oxford University Press, Oxford.
- BOSHOFF, W. (not dated), “Antitrust Market Definition: Rationale, Challenges and Opportunities in South African Competition Policy”, mimeo, available at: <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/Fourth-Competition-Law-Conference/Session-4B/Boshoff-Market-Definition.pdf>
- BRIGLAUER W. (2007), “Conceptual Problems with the Hypothetical Monopolist Test in Ex-Ante Regulation of Communications under the New Regulatory Framework”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, no. 2, pp. 311-334.
- BUDZINSKI, O. and I. RUHMER (2009), “Merger Simulation in Competition Policy: A Survey”, *Journal of Competition Policy and Economics*, vol. 6, pp. 277-319.
- CAMESASCA, P.D. and R.J. VAN DEN BERGH (2002), *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd edition, Sweet and Maxwell, London.
- CARLTON, D.W. (2007), “Market Definition: Use and Abuse”, *Competition Policy International*, vol. 3, no. 1.
- CARLTON, D.W. (2010), “Revising the Horizontal Merger Guidelines”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, pp. 619-652.
- CARLTON, D.W. and M. ISRAEL (2010), “Will the New Guidelines Clarify or Obscure Antitrust Policy?”, *The Antitrust Source*, October 2010, pp. 1-4.
- CHANDRA, A. and A. COLLARD-WEXLER (2009), “Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry”, *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 18, no. 4, pp. 1045-1070.
- CHEUNG, L. (2011), “The Upward Pricing Pressure Test for Merger Analysis – An empirical examination”, mimeo, available at: http://www.econ.umn.edu/~cheun073/Cheung_JMP.pdf.
- COATE, M.B. (2011), “Benchmarking the Upward Pricing Pressure Model with Federal Trade Commission Evidence”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, no. 4, pp. 1-22.
- COATE, M.B. and F.H. FISHER (2008), “A Practical Guide to the Hypothetical Monopoly Test for Market Definition”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, pp. 1031-1063.

- COATE, M.B. and J.J. SIMONS (2009), “Critical Loss vs. Diversion Analysis: Clearing up the Confusion”, *GCP: The Antitrust Chronicle*, December 2009, pp. 1-15.
- COATE, M.B. and J.J. SIMONS (2010a), “Critical Loss vs. Diversion Analysis: Another Attempt to Consensus”, *The CPI Antitrust Journal*, April 2010, pp. 1-8.
- COATE, M.B. and J.J. SIMONS (2010b), “Models, Mathematics and Critical Loss”, mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1346067
- COATE, M.B. and J.J. SIMONS (2012), “In Defense of Market Definition”, mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1967208.
- COATE, M.B. and M.D. WILLIAMS (2005), “Generalized Critical Loss for Market Definition”, Potomac Working Paper in Law and Economics 05-01, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=669146.
- COATE, M.B. and M.D. WILLIAMS, (2008), “A Critical Commentary on the Critical Comments on Critical Loss”, *The Antitrust Bulletin*, vol 55, pp. 987-1025.
- COMPETITION BUREAU (Canada, 2011) Merger Enforcement Guidelines, available at: [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/$FILE/cb-meg-2011-e.pdf)
- DALJORD, O. and L. SØRGARD (2011), “Single-Product versus Uniform SSNIPs”, *International Review of Law and Economics*, vol. 31, no. 2, pp. 142-146.
- DALJORD, O., SØRGARD, L. and O. THOMASSEN (2007), “The SSNIP Test and Market Definition with the Aggregate Diversion Ratio: A Reply to Katz and Shapiro”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, pp. 263-270.
- DAVIDSON, C. and R.J. DENECKERE (1986), “Long-Run Competition in Capacity, Short-Run Competition in Price, and the Cournot-Model”, *RAND Journal of Economics*, vol. 17, pp. 404-415.
- DAVIS, P. and E. GARCÉS (2009), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, Princeton.
- DOANE, M., L. FROEB and S. TSCHANTZ (2010), “Warning: Improper Use of the New *Horizontal Merger Guidelines* can Result in Overly Narrow Markets, Mistaken Inferences of Market Power, and Wrong-Headed Analysis”, *Antitrust Journal*, October 2010, pp. 1-7.
- EAGCP (2005), An Economic Approach to Article 82, Economic Advisory Group on Competition Policy, Economic Advisory Group on Competition Policy, available at: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf
- EMCH, E. and T.S. THOMSON (2006), “Market Definition and Market Power in Payment Card Networks”, *Review of Network Economics*, vol. 5, no. 1, pp. 45-60.
- EPSTEIN, R. and D.L. RUBINFELD (2010), “Understanding UPP”, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, no. 1.
- EU *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* O.J. [2011] C 11/1.

- EU *Guidelines on Vertical Restraints* O.J. [2010] C130/1.
- EU *Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, O.J. [2009] C 45/7
- EU *Commission’s Guidelines on the application of Article 101 to technology transfer agreements* O.J. [2004] C 101/2.
- EVANS, D. (2003), “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, pp. 325-381.
- EVANS, D. (2010), “Lightening Up on Market Definition” in E.R. ELHAUGE (ed.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Pub, pp. 53-89.
- EVANS, D.S. and M.D. NOEL (2005), “Defining Antitrust Markets when Firms Operate Multi-Sided Platforms”, *Columbia Business Law Review*, vol. 3, pp. 667-701.
- EVANS, D.S., and M.D. NOEL, (2008): “The Analysis of Mergers that Involve Multi-Sided Platform Businesses”, *Journal of Competition Law and Economics* vol. 4, pp. 663-695.
- EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE, (2007), “The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms”, *Competition Policy International*, vol. 3, pp. 151-179.
- EZRIELEV, J. and J.J. SIMONS (2011), “The 2010 Merger Guidelines, Critical Loss, and Linear Demand”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, no. 3, pp. 497-522.
- FARRELL, J. (2011), “Fox, or Dangerous Hedgehog? Keyte and Schwarz on the 2010 Horizontal Merger Guidelines”, *Antitrust Law Journal*, vol. 77, pp. 661-668.
- FARRELL, J. and C. SHAPIRO (1990), “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis”, *American Economic Review*, vol. 80, pp. 107-126.
- FARRELL, J. and C. SHAPIRO (2008), “Improving Critical Loss”, *The Antitrust Source*, February 2008, pp. 1-17.
- FARRELL, J. and C. SHAPIRO (2010a), “Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: Response”, *The CPI Antitrust Journal*, February 2010, pp. 1-17.
- FARRELL, J. and C. SHAPIRO (2010b), “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, no. 1.
- FARRELL, J. and C. SHAPIRO (2010). “Upward Pricing Pressure in Horizontal Merger Analysis: Reply to Epstein and Rubinfeld”, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, no. 1.
- FEDERAL TRADE COMMISSION (2011) Dissenting Statement of Commissioner Julie Brill on the Commission’s Decision to Withdraw Its Appeal in *FTC v LabCorp.*, available at: <http://www.ftc.gov/os/caselist/1010152/110324lapcorpstatement.pdf>
- FEDERAL TRADE COMMISSION (2011) In the matter of Polypore International, Inc., Docket No. 9327, Concurring Opinion of Commission J. Thomas Rosch, available at: <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9327/101213polyporeconcurringopinion.pdf>

- FILISTRUCCHI, L. (2008a), “A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media”, mimeo, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287442
- FILISTRUCCHI, L. (2008b), “A SSNIP Test for Two-Sided Markets: Some Theoretical Considerations”, Net Institute Working Paper 08-34, available at: http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/blonski/vw1_kolloquium/SSNIPin2sidedi.pdf.
- FILISTRUCCHI, L., D. GERADIN and E. VAN DAMME (2012), “Identifying Two-Sided Markets”, Tilec Discussion paper DP 2012-008, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2008661.
- FILISTRUCCHI, L., T.J. KLEIN and T. MICHELSEN (2011), “Merger Simulation in a Two-Sided Market: The Case of the Dutch Daily Newspapers”, NET Institute Working Paper No. 10-15, available at: http://merlin.fae.ua.es/activities/list/pdf/filistrucchi_klein20101019.pdf.
- FISHER, F. (1987), “Horizontal Mergers: Triage and Treatment”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, no. 2, pp. 23-40.
- FROEB, L., S. TSCHANZ and G. WERDEN (2001), “Pass-through Rates and the Price Effects of Mergers”, Working Paper, Owen Graduate School of Management, Vanderbilt University, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274848.
- FROEB, L.M. and G.J. WERDEN (2002), “The Antitrust Logit Model for Predicting Unilateral Competitive Effects”, *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 257-260.
- FROEB, L.M. and G.J. WERDEN (2008), “Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers”, in P. BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Mass., pp.43-104.
- FROEB, L. M. and G.J. WERDEN (2011), “Choosing among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects”, mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804243.
- GABAIX, X. and D. LAIBSON (2006), “Shrouded Attributes, Consumer Myopia, And Information Suppression In Competitive Markets”, *Quarterly Journal of Economics*, 121, 505-540.
- GARZA, D.A. (2010), “Market Definition, the New Horizontal Merger Guidelines, and the Long March Away from Structural Presumptions”, *The Antitrust Source*, October 2010, pp. 1-5.
- GEROSKI, P.A. and R. GRIFFITH (2003), “Identifying Anti-Trust Markets”, The Institute for Fiscal Studies, WP03/01, available at: <http://ideas.repec.org/p/ifs/ifsewp/03-01.html>.
- GUAL, J. (2003): “Market Definition in the Telecoms Industry”, CEPR Discussion Paper No. 3988.
- GUPTA, S. (2002), “Competition and Collusion in a Government Procurement Auction”, *Atlantic Economic Journal*, vol. 30, pp. 13-25.
- HARRIS, B.C. and J.J. SIMONS (1989), “Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?”, *Research in Law and Economics*, vol. 12, pp. 207-226.
- HAUSMAN, J. A. (2010), “Merger Guidelines: Empirical Analysis”, *The Antitrust Source*, October 2010, pp. 1-5.

- HAUSMAN, J.A., D. LEONARD, CHR. VELLTURO, (1996), “Market Definition Under Price Discrimination”, *Antitrust Law Journal*, vol. 64, pp. 386.
- HAUSMAN, J.A., S. MORESI, and M. RAINEY (2011), Unilateral Effects of Mergers with General Linear Demand, *Economics Letters*, vol. 111, no. 2, pp. 119-121.
- HAUSMAN, J.A. and G. SIDAK (2007), “Evaluating Market Power Using Competitive Benchmark Prices Rather than the Hirschman-Herfindahl Index”, *Antitrust Law Journal*, vol. 74, no. 2, pp. 387-407.
- HEIDHUES, P., KÖSZEGI, B. and MUROOKA T. (2012), “The Market for Deceptive Products”, Working Paper available at <http://elsa.berkeley.edu/~botond/deception.pdf>.
- HOVENKAMP, H. (1993), “Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case”, *UCLA Law Review*, vol. 40, pp. 1447-1460.
- HOVENKAMP, H. (2011), “Markets in Merger Analysis”, mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945964
- INDERST, R. and U. SCHWALBE (2009), “Effekte verschiedener Rabattformen – Überlegungen zu einem ökonomisch fundierten Ansatz”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, vol. 7, no. 1, pp. 65-84.
- IVALDI, M. and S. LÖRINCZ (2005), “A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers”, CEPR Discussion Papers 4917.
- IVALDI, M. and S. LÖRINCZ (2011), “Implementation Relevant Market Tests in Antitrust Policy: Application to Computer Servers”, *Review of Law and Economics*, vol. 7, no. 1, pp. 31-73.
- JAFFE, J. and E.G. WEYL (2012), “The First-Order Approach to Merger Analysis”, mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1765024.
- KAPLOW, L. (2010), “Why (Ever) Define Markets?”, *Harvard Law Review*, vol. 124, pp. 437-517.
- KAPLOW, L. (2011), “Market Definition and the Merger Guidelines”, *Review of Industrial Organisation*, vol. 39, pp. 107-125.
- KATZ, M. L. and C. SHAPIRO, (2003), “Critical Loss: Let's Tell the Whole Story”. *Antitrust*, Spring 2003 pp. 49-56.
- KATZ, M, L. and C. SHAPIRO (2004), “Further Thoughts on Critical Loss”, *The Antitrust Source*, pp. 1-9.
- KATZ, M.L. and H.A. SHELANSKI (2005), “Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change?”, in JAFFE, A.B., J. LERNER, and S. STERN (eds), *Innovation Policy and the Economy*, MIT Press, Cambridge, pp. 109-165.
- KERBER, W. and U. SCHWALBE (2008), “Economic Principles of Competition Law”, in G. HIRSCH, F. MONTAG and F.-J. SÄCKER (eds.), *Competition Law, European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, London, pp. 202-393.
- KEYTE, J. (1995), “Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard”, *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 697-748.

- KEYTE, J.A. and K.B. SCHWARZ, (2011), "'Tally-Ho!': UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines", *Antitrust Law Journal*, vol. 77, pp. 587-650.
- KIRKWOOD, J. (2011), "The Predictive Power of Merger Analysis", *The Antitrust Bulletin*, vol. 56, no. 3, pp. 543-582.
- KLEIN, B. (1999), "Market Power in Franchise Cases in the Wake of Kodak: Applying Post-Contract Hold-Up Analysis to Vertical Relationships", *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 283-362.
- KOLASKY, W.J., (2002), "What is Competition?", mimeo, available at: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.htm>
- KREPS, D. and J. SCHEINKMAN (1983), "Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes", *Bell Journal of Economics*, vol. 14, pp. 326-337.
- LEONELLO, A. (2009), "Horizontal Mergers in Two-Sided Markets", mimeo, available at: <http://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tilec/meetingsandevents/03cleen/leonello.pdf>.
- LOPATKA, J. (2011), "Market Definition?", *Review of Industrial Organization*, vol. 39, no. 1-2, pp. 69-93.
- MAIER-RIGAUD, F. P. (2006), "Article 82 Rebates: Four Common Fallacies", *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 85-100.
- MAIER-RIGAUD, F. and K. PARPLIES (2009), "EU Merger Control Five Years after the Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity?", *European Competition Law Review*, vol. 30, no. 11, pp. 565-579.
- MAIER-RIGAUD, F. P. (2012) On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete in D. ZIMMER (ed.), *The Goals of Competition Law*, (ASCOLA Competition Law Series), Edward Elgar, pp. 132-168.
- MAISEL, L. C. (1983), "Submarkets in Merger and Monopolization Cases", *Georgetown Law Review*, vol. 72, pp. 39-71.
- MANSUR, Y.M. (1995), *Fuzzy Sets and Economics*, Edward Elgar, Aldershot.
- MORESI, S. (2010), "The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis", *The Antitrust Source*, February 2010, pp. 1-12.
- MOTTA, M. (2004), *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NOEL, M. D. (2011), "Upward Price Pressure, Merger Simulation, and Merger Simulation Light", *Competition Policy International*, March 2011.
- O'BRIEN, D.P. and A.L. WICKELGREN (2003), "A Critical Analysis of Critical Loss Analysis", *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pp. 161-184.
- O'BRIEN, D.P. and A.L. WICKELGREN (2004) "The State of Critical Loss Analysis: Reply to Scheffman and Simons", *The Antitrust Source*, March 2004, pp. 1-6.
- OECD (2012a) Excessive Prices, available at <http://www.oecd.org/dataoecd/5/3/49604207.pdf>

- OECD (2012b) Competition in Hospital Services, available at:
<http://www.oecd.org/dataoecd/18/45/49514044.pdf>
- OECD (2011) Economic Evidence in Merger Analysis, available at:
<http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>
- OECD (2009) Two-Sided Markets, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/38/61/44445730.pdf>
- OECD (2006) Competition in Bidding Markets, available at:
<http://www.oecd.org/dataoecd/44/1/38773965.pdf>
- OSBORNE, M.J. and C. PITCHIK (1986), “Price Competition in a Capacity Constraint Duopoly”, *Journal of Economic Theory*, vol. 38, pp. 238-260.
- PIETERS, C. (2006), “Evaluating the Performance of Merger Simulations: Evidence from the U.S. Airline Industry”, *Journal of Law and Economics*, vol. 49, pp. 627–649.
- PITOFSKY, R. (1990), “New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”, *Columbia Law Review* 90, no. 7, pp. 1805, 1807.
- PLEATSIKAS, CH. and D.J. TEECE (2001), “The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, pp. 665-693.
- RILL, J.F. (1990), “Merger Enforcement at the Department of Justice”, *Antitrust Law Journal*, vol. 59, pp. 45-61.
- ROCHET, J-C. and J. TIROLE (2006), “Two-Sided Markets: A Progress Report”, *RAND Journal of Economics*, vol. 37, pp. 645-667.
- SCHEFFMAN, D.T. and J.J. SIMONS (2003), “The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story”, *The Antitrust Source*, November 2003, pp. 1-9.
- SCHMALENSEE, R. (2009), “Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition?”, *GCP: The Antitrust Chronicle*, December 2009, pp. 1-7.
- SHAPIRO, C. (1995), “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak”, *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 483-512.
- SHAPIRO, C. (2011), “The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years”, *Antitrust Law Journal*, vol. 77, pp. 701-759.
- SHAPIRO, C. and D.J. TEECE (1994), “Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak”, *Antitrust Bulletin*, vol. 39, pp. 135-162.
- SIMONS, J. and M. COATE (2010), “Upward Pressure on Price Analysis: Issues and Implications for Merger Policy”, *European Competition Journal*, vol. 6, no. 2, pp. 377-396.
- SNYDER, F. (1993), “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, *The Modern Law Review*, vol. 56, no. 1, pp. 19-54.
- STIGLER, G.J. (1964), “A Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, vol. 72, pp. 44-61.

- SULLIVAN, L. (1977), *Handbook of the Law of Antitrust*, West Publishing, Minneapolis.
- SZYSZCZAK, E. (2011), "Controlling Dominance in European Markets", *Fordham International Law Journal*, vol. 33, no. 6, pp. 1738-1775.
- TEN KATE, A. and G. NIELS (2009), "The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5, no. 2, pp. 297-333.
- TOWNLEY, C. (2011), "The Relevant Market: An Acceptable Limit to Competition Analysis", *European Competition Law Review*, vol. 32, no. 10, pp. 490-499.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FTC (2010), Horizontal Merger Guidelines, available at: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>
- US Department of Justice (2008), Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, available at: <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>
- VARMA, G.D. (2009), "Will the Use of the Upward Pricing Pressure Test Lead to an Increase in the Level of Merger Enforcement?", *Antitrust*, vol. 24, pp. 27-32.
- VARNEY, C. (2011), "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: Evolution, Not Revolution", *Antitrust Law Journal*, vol. 77, no. 2, pp. 651-660.
- WALTERS, CH. (2007), "Diversion Ahead! Approximating Diversion Ratios for Retail Chain Mergers", mimeo, available at: http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our_role/analysis/diversion_ratios
- WEINBERG, M. (2011), "More Evidence on the Performance of Merger Simulations," *American Economic Review: Paper & Proceedings*, vol. 101, pp.51-55.
- WEINBERG, M. and HOSKENS, D. (2009), "Using Mergers to Test a Model of Oligopoly," Working Paper, Bryn Mawr College.
- WERDEN, G. (1991), "Horizontal Mergers: Comment", *American Economic Review*, vol. 81, pp. 1002-1006.
- WERDEN, G. (1996a), "A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products", *Journal of Industrial Economics*, vol. 44, pp. 409-413.
- WERDEN, G. and FROEB, L. (1996b), "Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries", in: M. COATE and A. KLEIT (eds.), *The Economics of the Antitrust Process*. New York, pp. 65-88.
- WERDEN, G. (1997), "Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practical Alternative to Structural Merger Policy", *George Mason Law Review*, vol. 5, pp. 363-386.
- WERDEN, G. (1998), Demand Elasticities in Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, vol. 66, pp. 363-414.
- WERDEN, G. (2000), "Market Delineation under the Merger Guidelines: Monopoly Cases and Alternative Approaches", *Review of Industrial Organization*, vol. 16, pp. 211-218.

- WERDEN, G. (2002), “Assigning Market Shares for Antitrust Analysis”, in D.J. SLOTTJE (ed.), *Measuring Market Power*, Elsevier, Amsterdam, pp. 1-29.
- WERDEN, G. (2003), “The 1982 *Merger Guidelines* and the *Ascent* of the Hypothetical Monopolist Paradigm”, *Antitrust Law Journal*, vol. 71, no. 1, pp. 253-276.
- WERDEN, G. (2006), “Unilateral Effects from Mergers: The *Oracle* Case”, in: P. MARSDEN (ed.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 1-15.
- WERDEN, G. (2008), “Beyond Critical Loss: Tailoring Applications of the Hypothetical Monopolist Paradigm”, *Global Competition Policy*, February 2008.
- WERDEN, G. (2012) “Why (Ever) Define Market? An Answer to Professor Kaplow”, mimeo, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655
- WHITE, L. (1987), “Antitrust and Merger Policy: A Review and Critique”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, no. 2, pp. 12-22.
- WILLIG, R. (1991) “Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines,” 1991 *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, pp. 281-312.
- WILLIG, R. (2011) “Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions”, *Review of Industrial Organization*, vol. 39, no. 1-2, pp. 19-38.
- YOSHIMOTO, H. (2012) “Reliability Examination in Horizontal-Merger Price Simulations: An Ex-Post Evaluation of the Gap between Predicted and Observed Prices in the 1998 Hyundai–Kia Merger, mimeo, available at: <http://hisayoshimoto.bol.ucla.edu/research.html>.
- ZIMMERMAN, P. R. (2011), “Evaluating the Relative Performance of Upward Pricing Pressure Screens with Share-Based Diversion Ratios”, *European Competition Journal*, vol. 7, no. 3, pp. 407-420.

NOTE DE RÉFÉRENCE

*Par le Secrétariat **

1. Introduction

La procédure de définition du marché pertinent est l'un des outils d'analyse les plus importants dont disposent les autorités de la concurrence pour examiner et évaluer les problèmes de concurrence. En définissant un marché pertinent avant de calculer et d'attribuer les parts de marché, les autorités cherchent à évaluer le pouvoir de marché des entreprises, une étape essentielle pour comprendre les effets de la concurrence¹. Délimiter le marché pertinent permet en outre de déterminer quels en sont les opérateurs, d'en établir les frontières et de déterminer l'aire de concurrence effective.

Pour autant, la définition du marché est plus qu'un simple outil pratique puisqu'on le retrouve désormais dans le droit de la concurrence, où les fondements de ce concept sont profondément ancrés². Au-delà de définir le marché pertinent³ dans chaque affaire, ce concept a influencé la réflexion des professionnels sur les questions de concurrence puisqu'il est étroitement lié à l'émergence du droit de la concurrence dans les préoccupations des pouvoirs publics.

Les professionnels du droit de la concurrence débattent depuis quelques années pour savoir si la définition du marché est un outil adéquat pour l'analyse des fusions et dans les cas de monopolisation et de position dominante. Les Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales (*Horizontal Merger Guidelines*) de 2010 illustrent ce débat puisqu'elles stipulent par exemple que l'analyse d'une fusion ne doit pas nécessairement débiter par la délimitation du marché. Cette position tranche avec la pratique qui avait cours et a lancé un vaste débat parmi les professionnels du droit de la concurrence sur le rôle, la fonction et l'importance de la définition du marché comme instrument d'analyse des éventuels effets sur la concurrence dans toute affaire. Ce débat avait déjà pris forme avec l'avènement et l'utilisation de modèles de simulation de fusions dans l'analyse des fusions. Cette fois, cependant, les discussions semblent avoir pris une dimension plus fondamentale, même si elles ont pu être alimentées par les débats précédents. Tout comme par le passé, c'est l'évolution du contrôle des fusions qui semble la plus débattue. Cependant, le

* Cette note de référence a été rédigée par MM. Ulrich Schwalbe (Département d'économie de l'université d'Hohenheim, Allemagne) et Frank Maier-Rigaud (OCDE) avec l'aide précieuse de Mme Anna Pisarkiewicz (OCDE) pour les recherches et, notamment, l'ébauche et la rédaction des sections juridiques.

¹ Il ne faut pas perdre de vue que le marché pertinent n'a pas de valeur en soi. Certes, c'est un instrument puissant pour déterminer le pouvoir de marché – et donc les effets de la concurrence –, mais il n'est ni le seul outil à cette fin, ni celui qui fournira la meilleure analyse dans tous les cas de figure.

² Bien entendu, cette influence est plus ou moins significative selon le droit de la concurrence concerné et elle dépend essentiellement de l'époque à laquelle le pays a adopté un régime de droit de la concurrence et du système juridique auquel ce régime appartient.

³ L'article 102 TFUE du droit de la concurrence européen illustre parfaitement cette influence. En effet, quelle que soit l'analyse ultérieure des effets économiques, il est nécessaire que la position dominante soit établie pour le l'article lui-même s'applique, étant entendu que la position dominante est généralement définie comme la détention d'une part de marché d'au moins 40 %.

rôle et l'importance de la délimitation du marché comme première étape de l'analyse sont également étudiés dans les affaires de monopolisation et d'abus de position dominante⁴.

C'est sans nul doute le Sherman Act qui a jeté les bases, en 1890, du droit de la concurrence, mais aussi en un certain sens de la procédure de définition du marché, de même que de l'idée générale selon laquelle les grandes sociétés, que l'on mesurera plus tard au moyen de leur part de marché sur des marchés pertinents, exercent un pouvoir économique et bien souvent aussi politique important qui nécessite de mettre en place des contrôles pour protéger les consommateurs et préserver l'efficacité mais aussi la démocratie. Si, dans les premières affaires de monopolisation survenues aux États-Unis, les autorités n'ont pas eu recours à la méthode de la définition du marché, la situation a progressivement changé au fil du temps et ce concept a été officiellement adopté pour la première fois dans les Lignes directrices américaines de 1982 et a depuis encore évolué⁵.

En règle générale, une analyse de la concurrence débute toujours par la définition du marché pertinent, l'identification des concurrents concernés et le calcul et la répartition des parts de marché. Cet usage a été renforcé par la structure-comportement-performance (SCP) qui a nettement influencé le droit de la concurrence des États-Unis et de l'Union européenne jusqu'au milieu des années 1970 et qui soulignait l'importance de la structure de marché, suggérant un lien entre degré de concentration et pouvoir de marché⁶. De fait, le critère de dominance exigé dans bon nombre de droits de la concurrence à travers le monde – y compris dans le droit de la concurrence allemand et de l'Union européenne – s'explique en partie par les préoccupations nourries à l'égard du pouvoir de marché, que l'on pensait corrélé à la part de marché. L'arrivée de la procédure de définition du marché a permis aux calculs statistiques du degré de concentration, comme les ratios de concentration et, plus tard, l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH), de guider les mesures d'application. Lorsque la définition du marché et les mesures de concentration ont fait leur apparition dans le cadre de l'analyse de la concurrence, la principale préoccupation en matière de concurrence était le phénomène des ententes dans les secteurs concentrés⁷. Le marché pertinent était donc plus ou moins destiné aux secteurs dotés de produits homogènes. Lorsque le rôle des ratios de concentration a été revu à la baisse et que l'IHH a commencé à être utilisé pour mesurer la concentration dans les Lignes directrices américaines sur les fusions de 1982, ce sont les marchés de produits industriels, où la collusion était jugée être le principal problème, qui étaient au premier rang des préoccupations.

Au cours des années suivantes, les secteurs de produits différenciés tels que les biens et services de consommation de marque ont gagné en importance dans les pays industrialisés. Parallèlement, l'on a pris conscience que les fusions touchant ces secteurs pouvaient porter atteinte à la concurrence par d'autres moyens que par des comportements collusoires ou coordonnés. Dans ces secteurs, a-t-on remarqué, l'âpreté de la concurrence entre les entreprises était plus importante que la taille de la part de marché ou le degré de concentration global du secteur. Des rivaux produisant de proches substituts s'imposaient mutuellement de fortes contraintes concurrentielles. Cependant, dès lors qu'une fusion entre ces acteurs, quand bien même elle donnait naissance à de faibles parts de marché, levait ces contraintes concurrentielles, la nouvelle entité était incitée à accroître le prix d'au moins l'un de ses produits en l'absence d'effet compensateur dû à des gains d'efficacité. Ces effets, qui ne résultent pas de la coordination entre les entreprises mais d'une décision tarifaire indépendante, sont appelés effets unilatéraux.

⁴ Voir par exemple EAGCP (2005) et ministère américain de la Justice (2009).

⁵ Voir Werden (1992).

⁶ L'approche SCP a donné naissance à un nombre important d'études empiriques de la part des organisations internationales cherchant à calculer une corrélation entre le degré de concentration, les prix et la rentabilité.

⁷ Shapiro (2010).

Ces mutations économiques se sont accompagnées d'une évolution de la théorie économique. À l'aide d'outils et de concepts de la théorie des jeux, la théorie de l'économie industrielle a fait des progrès considérables dans l'analyse du comportement des sociétés dans les marchés en concurrence imparfaite. Elle a également mené analysé de manière plus approfondie le comportement concurrentiel des entreprises, en tenant compte notamment des effets stratégiques et des réactions des rivaux. À partir du paradigme SCP, la Harvard School était partie du principe que de nombreuses pratiques adoptées par des entreprises dotées d'un pouvoir de marché étaient anticoncurrentielles. L'école de Chicago a quant à elle expliqué le comportement des entreprises essentiellement par des considérations d'efficacité. Contrastant avec ces deux approches, la nouvelle théorie de l'économie industrielle reconnaît que la plupart des pratiques commerciales se sont toujours accompagnées d'effets à la fois favorables et défavorables pour la concurrence. Dans de nombreux cas, des considérations d'efficacité permettent d'expliquer le comportement observé, du moins en partie. Une autorité de la concurrence doit décider si, dans une affaire donnée, ce sont les effets favorables ou défavorables qui priment. On accorde donc davantage d'importance aux effets concurrentiels effectifs du comportement en question.

Parallèlement à cette évolution et aux progrès de l'analyse économique des effets des fusions et du comportement des entreprises, de nouvelles technologies ont fait leur apparition et ont eu un impact colossal sur les données disponibles, le traitement de ces données et les outils empiriques permettant de les analyser. Les caisses à lecteur de code-barres des magasins fournissent quantité de données sur le comportement des acheteurs, leur sensibilité aux prix et les comportements de substitution. Les progrès de l'informatique ont permis de traiter toutes ces données. Ceci a permis d'affiner les méthodes économétriques employées pour analyser les marchés et d'estimer les fonctions de la demande ainsi que des systèmes de demande entiers.

Ces évolutions ont posé les jalons d'une approche tenant davantage compte des effets dans l'application du droit de la concurrence, notamment dans le domaine du contrôle des fusions. Le test du monopoleur hypothétique (TMH) a été intégré aux Lignes directrices américaines de 1982 pour calculer des parts de marché révélatrices. Les Lignes directrices américaines de 1992 ont tenu compte des effets unilatéraux. Il était en effet devenu évident que se fonder simplement sur les parts de marché et le degré de concentration du marché, même si ces données provenaient du TMH, pouvait occulter de sérieux effets anticoncurrentiels des fusions, notamment lorsque le marché était doté de produits différenciés. Les parts de marché ne reflètent pas toujours justement le poids des effets unilatéraux sur la concurrence. Les Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales de 2010 ont cessé d'exiger que l'on procède avant tout à une définition du marché lors de chaque analyse de fusion.

Les évolutions récentes, qui semblent minorer l'importance de la définition du marché, ont entraîné diverses réactions. La première est l'adaptation de cette procédure aux conditions particulières de certains types de marchés, comme les marchés à effets de réseau, les marchés d'enchères et fonctionnant par appels d'offres et les marchés bifaces. La deuxième est la mise au point de nouveaux outils qui, dans certaines conditions, sont liés à la définition du marché, mais permettent d'évaluer plus directement les effets escomptés d'une fusion ou d'un autre comportement d'entreprise. Ces outils comptent, entre autres, les indices de pression sur les prix (IPP), les réductions compensatoires du coût marginal, les simulations de fusion et l'approche fondée sur les effets directs. En règle générale, on ne considère pas que ces concepts puissent se substituer à la définition du marché, mais doivent être vus comme des substituts optionnels ou des méthodes venant compléter cette procédure en fournissant des informations supplémentaires.

Ces réactions et les nouvelles approches récemment proposées ont posé la question de savoir comment la politique et le droit de la concurrence devaient réagir. Les nouvelles lignes directrices devraient-elles rester fidèles au principe selon lequel toute analyse de la concurrence commence par (ou à tout le moins comprend) une définition du marché ou d'autres outils doivent-ils être autorisés à la place ou

en sus de cette définition⁸ ? Ces autres outils et méthodes ne reposant pas sur la définition du marché, la prévisibilité de l'application du droit de la concurrence pour les professionnels, les entreprises et les autorités de la concurrence pourrait s'en trouver moins assurée. Toutefois, laisser de côté ces autres outils aurait aussi pour conséquence que, dans certains cas au moins, les méthodes employées ne seraient pas celles qui permettent de prédire au mieux les effets anticoncurrentiels probables. Il existe donc un dilemme entre l'utilisation d'une approche plus souple qui permette d'employer l'outil le plus adapté, économiquement, à un problème donné, et les répercussions que cette « pluralité de méthodes » peut avoir sur la certitude juridique et, plus généralement, sur le statut de la définition du marché en droit de la concurrence⁹.

Cette note de référence donne un aperçu de la discussion sur le véritable rôle de la définition du marché dans l'analyse de la concurrence. Si elle traite essentiellement de la fonction instrumentale de ce concept dans l'analyse des effets, elle aborde également le rôle plus vaste de la définition du marché et la manière dont les concepts ont imprégné le droit de la concurrence et l'ont façonné. La note s'articule de la façon suivante : la section 2 présente les principes économiques fondamentaux de la définition du marché. Cette section à quoi sert en fait de définir le marché et le rôle que jouent à cet égard les mesures de parts de marché et de concentration du marché. La section 3 décrit brièvement la méthode la plus couramment employée pour définir le marché pertinent par la quasi-totalité des autorités de la concurrence, à savoir le test du monopoleur hypothétique (TMH). Le test FERM, qui affine le TMH, est lui aussi abordé, de même que le concept de marchés fondés sur les besoins des consommateurs (*Bedarfsmarktkonzept*), qui demeure central pour certaines autorités de la concurrence. Cette section examine également la mise en œuvre du TMH et le concept de perte critique et le fait qu'il permette à un simple filtrage de faire une distinction entre les situations préoccupantes pour la concurrence et justifiant une enquête plus poussée et celles qui ne le sont pas. La section 4 évoque les problèmes associés à la définition du marché dans diverses situations de concurrence dans lesquelles les parts de marché sont généralement un indicateur peu éclairant. C'est notamment le cas des marchés dotés de produits différenciés, des marchés groupés, des marchés fonctionnant par appels d'offres, des marchés dotés d'effets de réseau et des marchés bifaces. Les difficultés particulières liées au concept de marché pertinent rencontrées dans ces cas sont évoquées. La section 5 décrit les principaux outils pouvant remplacer ou compléter la définition du marché, notamment les divers indices de pression sur les prix et leur relation avec le TMH ainsi que le concept de perte critique, ainsi que les réductions compensatoires du coût marginal. Cette section couvre également les modèles de simulation de fusions et l'approche des effets directs dans les cas de monopolisation / d'abus de position dominante. Ces nouvelles approches sont abordées également sous un angle critique. La section 6 traite des aspects juridiques et institutionnels qu'implique l'autorisation de nouveaux outils en complément ou en remplacement partiel de la procédure de définition du marché dans le cadre d'une « pluralité de méthodes ». Enfin, les conclusions sont présentées en section 7.

2. Principes économiques de la définition du marché

Les marchés dans lesquels il n'existe pas de concurrence effective entraîneront généralement des inefficiences qui prendront la forme, entre autres, de prix plus élevés et/ou de produits de moins bonne qualité, d'une baisse des investissements en R&D et/ou de retards dans l'innovation par rapport à des marchés où la concurrence est effectivement à l'œuvre. Ces inefficiences se produisent si le comportement des entreprises n'est pas contraint par d'autres produits ou services (potentiels). Dans ces cas, les

⁸ Voir US Horizontal Merger Guidelines: « The Agencies' analysis need not start with market definition » [Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales : « L'analyse des autorités ne doit pas nécessairement commencer par une définition du marché » (Sect. 4).

⁹ Par exemple, il est évident que la règle du code de la route imposant un arrêt complet des véhicules à un stop n'est pas efficace dans tous les cas, notamment à 3 heures du matin lorsqu'on se trouve à une intersection déserte et offrant une excellente visibilité. Pour autant, ce manque d'efficacité n'est que rarement avancé comme argument pour assouplir cette règle en ne prévoyant par exemple un arrêt complet obligatoire qu'à certaines heures.

entreprises sont jugées disposer d'un pouvoir de marché. Ce concept se rapporte donc aux contraintes concurrentielles auxquelles une société doit faire face. Ces contraintes peuvent être exercées notamment par les produits ou services fournis par des rivaux ou des concurrents (potentiels), ou que ces derniers pourraient fournir. Une réduction de ces contraintes concurrentielles entraîne généralement une augmentation du pouvoir de marché, puis éventuellement une diminution du bien-être.

Le rôle du droit de la concurrence est de veiller à ce que le jeu de la concurrence s'exerce effectivement en évitant que n'émerge ou que ne se renforce un pouvoir de marché, ou en interdisant l'abus d'une position caractérisée par un pouvoir de marché important (monopolisation). Les autorités de la concurrence doivent évaluer les effets concurrentiels des décisions concernant les fusions ou des comportements pouvant porter atteinte à la concurrence. En économie, le pouvoir de marché est généralement défini comme la capacité d'une entreprise à maintenir le prix de son ou de ses produit(s) au-dessus du prix concurrentiel pendant une période prolongée, et d'en tirer profit.

2.1 *Pouvoir de marché et prix concurrentiel*

Les économistes assimilent généralement le prix concurrentiel au coût marginal et emploient l'indice de Lerner, qui mesure le pouvoir de marché en mettant en relation la marge sur le coût marginal, en pourcentage, et l'élasticité de la demande résiduelle¹⁰. On notera toutefois que cette notion technique de pouvoir de marché, désignant le fait que les prix sont supérieurs au coût marginal, peut être distincte de la notion de pouvoir de marché retenue en droit de la concurrence¹¹. La notion de concurrence parfaite est un concept théorique dont le fondement repose sur plusieurs postulats restrictifs. De ce fait, les économistes spécialistes de la concurrence ont proposé de lui préférer la notion de concurrence effective, compatible avec la pratique de prix supérieurs au coût marginal¹². Si, en économie, les prix d'équilibre en situation de concurrence parfaite sont assimilables aux coûts marginaux et peuvent donc également être considérés comme des prix concurrentiels, la notion de prix concurrentiels en droit de la concurrence est généralement moins précise et les prix, en l'absence d'infractions au droit de la concurrence, peuvent être appelés prix concurrentiels lorsqu'ils sont supérieurs aux coûts marginaux et que le marché ne peut se caractériser par une situation de concurrence parfaite.

Encadré 1. L'indice de Lerner et l'élasticité-prix de la demande

L'indice de Lerner découle directement des conditions du premier ordre de l'optimisation des bénéfices et met en rapport la marge unitaire (en pourcentage) avec l'élasticité-prix de la demande.

$$\frac{p_i - c_i}{p_i} = \frac{1}{\varepsilon_i},$$

où p_i désigne le prix de marché du produit i , c_i le coût marginal et ε_i désigne l'élasticité-prix directe de la demande. L'élasticité-prix directe de la demande pour le produit 1 se définit comme suit

$$\varepsilon_1 = \frac{\partial Q_1(p_1, p_2, \dots, p_n)}{\partial p_1} \frac{p_1}{Q_1}.$$

Elle montre dans quelle mesure, en pourcentage, la demande pour le produit 1 décroît lorsque son prix augmente de 1 %. L'élasticité-prix directe prend une valeur négative bien qu'elle soit parfois également exprimée en termes absolus. Plus l'élasticité est importante (en termes absolus), plus l'indice de Lerner est faible et moins l'entreprise aura de pouvoir de marché.

¹⁰ Le présent rapport ne traite que du pouvoir de marché des vendeurs.

¹¹ Voir OCDE (2012a:9ff.) pour une analyse des problèmes posés par la notion de prix concurrentiels hors d'un cadre étroit de modélisation économique.

¹² Pour une analyse de la notion de concurrence effective, voir Bishop et Walker (2010:15-50).

Prenons, par exemple, l'hypothèse d'un marché oligopolistique au sein duquel les acteurs supportent certains coûts fixes, sont en concurrence sur les quantités et produisent un bien homogène. Dans un modèle de Cournot comme celui-ci, il peut être démontré qu'en situation de concurrence effective, le prix est supérieur au coût marginal. Sur le long terme, lorsqu'il n'y a, par définition, pas de coûts fixes et pour autant que l'entrée sur le marché soit libre, le prix concurrentiel pourrait être jugé égal au coût marginal à long terme ou au coût différentiel moyen à long terme (LRAIC).

La demande à laquelle une entreprise donnée est confrontée dépend généralement du comportement des consommateurs mais aussi des prix des produits se substituant ou complétant ceux commercialisés par l'entreprise en question et dépend donc aussi des comportements d'offre des autres entreprises. Il faut donc tenir compte de la fonction de la demande résiduelle ou propre à l'entreprise si l'on veut évaluer la demande ou l'offre de substitution qui, en termes de concurrence, représentent, l'une et l'autre, les contraintes les plus importantes auxquelles les entreprises sont confrontées¹³. L'élasticité-prix de la fonction de la demande résiduelle rend compte des contraintes concurrentielles les plus importantes pour les entreprises, à savoir la demande et l'offre de substitution. Si l'entreprise augmente ses prix, elle modifiera d'une part le comportement des acheteurs, qui se détourneront du produit en achetant moins, en optant pour un substitut, en achetant dans une région différente, en achetant un produit totalement différent ou en n'achetant rien du tout. D'autre part, le comportement des fournisseurs pourrait lui aussi changer du fait que d'autres entreprises pourraient, si elles disposent des capacités de production nécessaires, augmenter l'offre du produit en question (ou d'un substitut) ou pourraient repositionner leurs produits ou augmenter leurs capacités ou encore du fait que de nouveaux venus pourraient entrer sur le marché.

Le prix d'équilibre d'un secteur dépend donc de nombreux facteurs comme le degré de différenciation des produits, la disponibilité de substituts, les limites de capacité existantes, la nature de la concurrence sur le marché ou le pouvoir compensateur des acheteurs. À plus long terme, les barrières à l'entrée, les barrières à l'expansion de l'activité, un possible repositionnement des produits et l'impact d'une éventuelle concurrence doivent être pris en compte pour évaluer le prix concurrentiel.

2.2 Définir le marché pour évaluer indirectement le pouvoir de marché

La grande complexité de tout processus concurrentiel rend très délicate l'estimation directe du prix concurrentiel et du pouvoir de marché. On ne dispose pas nécessairement des données nécessaires pour estimer la fonction de la demande résiduelle et son élasticité-prix par des moyens économétriques, ou encore ces données peuvent être de qualité insuffisante ou trop longues à recueillir. Les coûts pertinents ne peuvent souvent pas être mesurés et, estimer le coût marginal à l'aide de mesures comptables du coût variable moyen, par exemple, peut fausser la donne. Par ailleurs, analyser la rentabilité est dans bien des cas un exercice parsemé de difficultés¹⁴.

Cela étant, même si les données requises étaient disponibles, le temps dont disposent les autorités de la concurrence pour aboutir à leurs conclusions est souvent extrêmement limité. Bien souvent, elles n'ont pas le temps d'effectuer une analyse économétrique détaillée pour décider si une fusion ne soulève pas de problèmes de concurrence ou si l'opération doit être analysée de manière plus approfondie¹⁵.

¹³ Baker et Bresnahan (1988).

¹⁴ Pour une discussion approfondie de l'analyse de rentabilité, voir OCDE (2012a).

¹⁵ Bien que les périodes de pré-notification jouent souvent un rôle, le temps dont disposent les autorités de la concurrence pour effectuer leur évaluation initiale de l'affaire se limite couramment à un mois.

2.3 Les fonctions de la procédure de définition du marché

Dans bien des cas, les effets concurrentiels sont évalués indirectement afin de déterminer les contraintes concurrentielles auxquelles une entreprise fait face et d'estimer si cette dernière possède un pouvoir de marché ou si une fusion crée ou augmente ce pouvoir de marché. Les autorités de la concurrence poursuivent généralement cette approche indirecte en deux étapes : la première est la définition du marché pertinent et la seconde analyse les conditions concurrentielles au sein dudit marché.

Dès lors qu'un marché pertinent a été délimité, les concurrents peuvent être identifiés et les parts de marché réparties entre les acteurs présents¹⁶. Ces parts de marché peuvent être employées pour mesurer statistiquement le degré de concentration du marché. C'est le cas par exemple lorsque l'on calcule les ratios de concentration ou l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH), à savoir la somme du carré de la part de marché de toutes les entreprises du marché¹⁷. Ces parts de marché et les mesures de concentration connexes servent de base pour déduire le pouvoir de marché d'une entreprise – en d'autres termes, la force des contraintes concurrentielles qui s'exercent sur elle. L'hypothèse sous-jacente est que la taille de la part de marché est directement et positivement corrélée au pouvoir de marché et que le degré de concentration d'un marché est révélateur de problèmes de concurrence, se présentant, par exemple, sous la forme de prix supérieurs à ceux de secteurs moins concentrés.

Au sein des travaux théoriques, l'emploi des parts de marché et de l'IHH est justifié par le modèle de concurrence par les quantités de Cournot, qui s'applique aux sociétés offrant un produit homogène avec un coût marginal constant. Dans ce modèle, il existe une corrélation positive directe entre le pouvoir de marché mesuré par l'indice de Lerner, les parts de marché et la concentration mesurée à l'aune de l'IHH.

Encadré 2. Les parts de marché et l'IHH dans un modèle de Cournot

Partons de l'hypothèse d'un marché formé de n entreprises $i = 1, \dots, n$ qui produisent un bien homogène à un coût marginal constant c_i et qui se concurrencent sur les quantités. La fonction de la demande inverse est donnée par $p(Q)$, with $Q = \sum_{i=1}^n q_i$. Ici, Q désigne la quantité totale produite par toutes les entreprises et q_i la quantité produite par l'entreprise i . Le problème d'optimisation du bénéfice pour l'entreprise i est donné par

$$\max_{q_i} p(Q)q_i - c_i q_i, i = 1, \dots, n.$$

Les conditions du premier ordre sont

$$\frac{dp(Q)}{dQ} q_i + p(Q) - c_i = 0, i = 1, \dots, n.$$

¹⁶ Contrairement à l'usage en vigueur aux États-Unis, dans l'UE, les substituts du côté de l'offre sont directement pris en compte pour définir le marché. De ce fait, des parts de marché sont également attribuées aux concurrents potentiels.

¹⁷ Cet indice est exprimé par la formule suivante : $HHI = \sum_{i=1}^N s_i^2$ sachant que s_i représente la part de marché de l'entreprise i et N le nombre d'entreprises sur le marché. Par conséquent, sur un marché comptant deux entreprises ayant chacune une part de 50 % du marché, l'indice Herfindahl-Hirschman est égal à $0.50^2 + 0.50^2 = 0.5$. L'IHH est compris entre $\frac{1}{N}$ et 1, sachant que N représente le nombre d'entreprises sur le marché. De même, si les pourcentages sont indiqués sous forme de nombres entiers, par exemple 75 au lieu de 0.75, l'IHH peut atteindre 100^2 , soit 10 000. Le ratio de concentration CR4, dans lequel le chiffre 4 désigne les quatre plus importantes entreprises du marché, a été un concept clé de l'analyse de la concurrence jusqu'à son remplacement par l'IHH dans les lignes directrices américaines de 1982.

Après reformulation

$$\frac{p(Q) - c_i}{p(Q)} = -\frac{dp(Q)}{dQ} \frac{q_i}{p(Q)} = \frac{dp(Q)}{dQ} \frac{Q}{p} \frac{q_i}{Q}$$

Veillez noter que le dernier terme à droite, $q_i/Q = s_i$, est la part de marché de l'entreprise i et les deux premiers termes à droite sont l'inverse de l'élasticité-prix de la demande ε , c'est-à-dire

$$\frac{dp(Q)}{dQ} \frac{Q}{p} = \frac{1}{\varepsilon}$$

En simplifiant la notation, la relation entre la marge et l'élasticité-prix de la demande d'une entreprise i avec un coût marginal c_i dans un modèle de Cournot est donnée par

$$\frac{p - c_i}{p} = \frac{s_i}{\varepsilon}$$

Ainsi, pour une élasticité-prix donnée de la demande, il existe une relation positive entre la part de marché d'une entreprise et sa marge ou son pouvoir de marché mesuré par l'indice de Lerner¹⁸. La multiplication de chaque terme par s_i et l'addition de toutes les entreprises du marché donne

$$\frac{s_1^2}{\varepsilon} + \frac{s_2^2}{\varepsilon} + \dots + \frac{s_n^2}{\varepsilon} = \sum_{i=1}^n \frac{s_i^2}{\varepsilon} = \frac{HHI}{\varepsilon}$$

Dans un modèle de Cournot, la marge moyenne pondérée des parts de marché est égale à l'IHH divisé par l'élasticité-prix de la demande. L'IHH accordant un poids plus important aux parts de marché importantes, un marché sur lequel exercent une entreprise détenant une très grande part de marché et plusieurs petites sociétés entraîne un IHH élevé. On peut dès lors suspecter l'existence d'un pouvoir de marché. Par ailleurs, lorsqu'il n'existe que quelques entreprises détenant des parts de marché égales, il est possible qu'un pouvoir de marché s'exerce.

En outre, si le marché ne comporte que quelques entreprises détenant des parts de marché symétriques, un comportement coordonné peut survenir. C'est particulièrement intuitif dans un marché aux produits homogènes, comme celui examiné ici. De plus, des parts de marché égales indiquent des technologies et des fonctions de coûts similaires. Les conditions structurelles peuvent donc entraîner un comportement coordonné. Stigler (1964) a décelé un autre lien entre l'IHH et la stabilité d'un comportement coordonné. Il a montré (en se fondant sur certains postulats restrictifs) que la stabilité d'un comportement coordonné est inversement liée à l'IHH. Lorsque le marché est très concentré, une entreprise qui tricherait peut être aisément décelée, ce qui décourage toute déviation par rapport au comportement coordonné.

De manière plus importante encore, lorsqu'une fusion par exemple entraîne la variation d'un indice, on en tire des conclusions sur les effets sur la concurrence de l'opération en question. À titre d'exemple, une variation de l'IHH, le fameux delta, entraînée par une fusion est utilisée pour déduire par inférence l'effet sur la concurrence, et notamment l'augmentation de prix. En d'autres termes, l'hypothèse est que les variations de l'indice sont corrélées aux augmentations de prix.

Dans un modèle de Cournot simple à coût marginal constant et demande linéaire, plus la concentration augmente, plus le bien-être diminue en l'absence de gains d'efficacité et de concurrence

¹⁸ Veillez noter qu'une part de marché importante n'implique pas nécessairement un pouvoir de marché – si la demande est très élastique au prix, la marge peut être très faible.

potentielle¹⁹. Comme le montrent Farrell et Shapiro (1990), ce résultat peut être étendu à des modèles de Cournot plus généraux. En l'absence de synergies, une fusion dans un marché doté d'une concurrence à la Cournot accroît les prix²⁰.

La définition du marché pertinent et le calcul des parts de marché, ainsi que les mesures du degré de concentration dérivées de ces parts, ont été employés pour déterminer des seuils. Par exemple, dans les Lignes directrices sur les fusions horizontales de la Commission européenne, le niveau de l'IHH et la variation de cet indice entraînée par la fusion sont employés pour déterminer une fourchette au sein de laquelle aucune analyse supplémentaire de la fusion ne sera effectuée. Ces seuils permettent d'effectuer un premier filtrage des fusions et peuvent donc être considérés comme des zones de sécurité²¹.

Ainsi, l'un des rôles de la définition du marché dans l'analyse de la concurrence consiste à fournir un premier filtre brut afin de classer les diverses situations de concurrence – notamment les cas de fusion ou d'abus de position dominante / de monopolisation – entre celles qui sont préoccupantes, voire très préoccupantes, pour la concurrence et qui nécessitent donc une étude plus poussée, et celles pour lesquelles ce n'est pas le cas. La fonction de filtrage de la définition du marché permet aux autorités de la concurrence de concentrer leurs ressources sur les affaires dans lesquelles il est plausible que la fusion ou les pratiques étudiées engendrent des effets anticoncurrentiels importants et d'éliminer toutes les affaires peu susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels. Si les seuils montrent qu'une fusion ne créerait pas ou n'augmenterait pas un pouvoir de marché ou si, dans une affaire d'abus de position dominante, il est établi qu'une entreprise ne détient pas de pouvoir de marché, il n'est pas nécessaire d'analyser ce type d'affaires plus avant²². Ces filtres allègent les enquêtes que doit mener l'autorité et peuvent limiter le risque de faux positif.

Toutefois, il n'existe pas de filtre simple capable de distinguer parfaitement les situations préoccupantes pour la concurrence de celles qui ne le sont pas. Par conséquent, si les seuils sont dépassés, il convient de faire le point sur les préoccupations du point de vue de la concurrence et d'effectuer alors une analyse plus poussée de la concurrence pour déterminer si ces préoccupations sont justifiées.

La définition du marché joue également un rôle important à la deuxième étape de l'enquête car, s'il est correctement défini, il délimite l'aire de concurrence, c'est-à-dire qu'il distingue les forces concurrentielles actives de celles qui œuvrent de manière plus passive à l'arrière-plan²³. L'action concurrentielle qui a cours au sein d'un marché pertinent clairement défini est distincte du reste de l'économie au moins dans la mesure où elle peut entraîner des prix distincts²⁴. Il est donc important de définir un marché pertinent afin de déterminer quelles sont les éventuelles barrières à l'entrée. Si l'analyse concurrentielle montre qu'il n'existe aucune barrière importante à l'entrée, une part de marché même élevée ne sera vraisemblablement pas une indication de pouvoir de marché durable. Par ailleurs, la

¹⁹ L'argument de Willig (1991) selon lequel le bien-être diminue à mesure que se renforce la concentration a une portée plus générale puisqu'il envisage des comportements différents de ceux du modèle de Cournot.

²⁰ Farrell et Shapiro (1990:112).

²¹ Une zone de sécurité est un concept juridiquement contraignant. Les seuils peuvent aussi être employés à des fins purement indicatives et sans être, au bout du compte, juridiquement contraignants. Bien que ces seuils soient fixés de manière largement arbitraire d'un point de vue théorique, l'idée est que des problèmes de concurrence ne risquent guère de se poser quand les parts de marché sont très faibles.

²² Contrairement au monopole aux États-Unis, l'abus de position dominante tel qu'il est inscrit dans le droit de l'Union européenne exige qu'une position dominante soit identifiée avant d'en analyser les effets.

²³ Voir Werden (2012).

²⁴ Werden (2012:16).

définition du marché pertinent aide à identifier les acteurs et à examiner les conditions structurelles qui sous-tendent le marché. Cela revêt une importance toute particulière en cas d'éventuels effets coordonnés. Définir un marché permet de préciser le champ de la coordination, de déceler une société franc-tireur qui pourrait perturber tout comportement coordonné et d'évaluer si le marché est susceptible de subir un comportement coordonné²⁵. Ainsi, même si les parts de marché ne sont pas employées, la définition du marché pertinent fournit un cadre structuré au sein duquel se déroule l'analyse concurrentielle. Elle a donc d'autres fonctions que celle de donner une simple première indication du pouvoir de marché.

Cela n'implique toutefois pas – d'un point de vue économique – que la définition du marché soit une première étape incontournable de toute analyse de la concurrence, ou qu'elle doive être employée quel que soit le cas. Les données sont parfois suffisantes pour évaluer directement le pouvoir de marché, auquel cas il devient alors inutile de définir le marché pertinent. Dans d'autres cas, d'autres preuves formelles d'abus peuvent exister. Par ailleurs, comme nous le verrons dans la section 4, dans certains types de marchés, les parts de marché et les mesures de la concentration peuvent moins bien refléter le pouvoir de marché et les effets anticoncurrentiels que d'autres outils.

La définition du marché, y compris le calcul des parts de marché et des mesures de concentration, n'est donc pas une fin en soi mais un moyen d'identifier la force des contraintes concurrentielles auxquelles une société doit faire face et d'évaluer l'existence, la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché ainsi que la probabilité d'effets anticoncurrentiels. Les contraintes concurrentielles sont exercées par les produits et services offerts par les autres sociétés ou proposés dans d'autres régions. Le marché pertinent doit donc être défini en fonction du produit et en tenant compte de la dimension géographique.

Afin que les parts de marché et les mesures de concentration soient un indicateur fiable du pouvoir de marché, il est évident que le marché doit être défini de telle manière que ces données soient aussi significatives que possible. Si le marché est défini trop étroitement, d'importantes contraintes concurrentielles ne sont pas prises en compte et le pouvoir de marché est surestimé. Si les frontières des marchés sont trop vastes, des produits réputés exercer des contraintes concurrentielles ne restreignent en fait pas réellement le comportement des entreprises, ce qui pourrait mener à une sous-estimation du pouvoir de marché.

Il faut tenir compte du fait que la définition du marché n'est pas un exercice purement économique mais qu'il s'agit d'un concept également ancré dans le droit de la concurrence. Pour examiner si la définition d'un marché peut être remplacée ou complétée par d'autres outils et méthodes d'analyse de la concurrence, il faut en étudier la dimension juridique. Cela suppose en particulier d'analyser l'ancrage de la définition du marché dans le droit de la concurrence (des exigences légales et de l'utilisation de cette notion dans le contexte des zones de sécurité ou du calcul des amendes aux questions de certitude juridique et de valeur de la jurisprudence traitées à la section 6).

3. Le test du monopoleur hypothétique

Le test du monopoleur hypothétique (TMH) a été introduit comme outil d'analyse de la concurrence dans les Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales de 1982, mais le concept même

²⁵

À l'égard du rôle des sociétés franc-tireurs dans l'analyse des effets coordonnés, voir Baker (2002) et (2008). Ces sociétés, appelées « *maverick firms* » en anglais, n'ont pas été ainsi dénommées en référence à la série télévisée ou au film du même nom paru en 1994, pas plus qu'en référence au personnage incarné par Tom Cruise dans le film *Top Gun*. Le terme se rapporte vraisemblablement au bétail non marqué ; il date de Samuel Maverick, avocat et éleveur de bétail texan jugé « indépendant d'esprit » par les autres éleveurs car il ne marquait pas son bétail, et ne suivait donc pas l'usage courant.

remonte à 1956²⁶. Cette méthode de définition du marché pertinent est désormais utilisée par la plupart des pays et, après 30 ans d'application à de nombreuses affaires, ce concept est très largement considéré comme l'approche la plus convaincante pour définir le marché. Le TMH est généralement défini dans un contexte de fusion horizontale, mais il est aussi jugé approprié pour définir les marchés pertinents dans le cadre de tous les types d'abus éventuels du droit de la concurrence. L'idée de base du TMH est très simple. Les parts détenues dans un marché donné sont un indicateur fiable du pouvoir de marché à condition qu'au moins une société détenant 100 % de ce marché – le détenteur d'un monopole – soit capable d'exercer un pouvoir de marché. En d'autres termes, si même le détenteur d'un monopole n'était pas en mesure d'accroître de manière rentable le prix au-delà du niveau concurrentiel, les sociétés détenant moins de 100 % du marché ne le seraient pas davantage. Le cas échéant, les entreprises ne détiennent aucun pouvoir de marché et les parts qu'elles détiennent, selon les observations, sur le marché pertinent sont dénuées de sens. Quelques légères modifications ont été apportées au TMH ces 30 dernières années, mais le concept demeure tel qu'il était lorsqu'il a été introduit en 1982.

3.1 *Version récente du TMH*

Les Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales de 2010 donnent une version récente du test du monopoleur hypothétique tel qu'il est employé normalement pour définir le marché pertinent d'un produit :

« Le test du monopoleur hypothétique exige que le marché d'un produit comporte suffisamment de produits substituables pour que le pouvoir de marché pouvant s'y exercer après la fusion soit considérablement supérieur à celui observé sans la fusion. En particulier, le test requiert qu'une société hypothétique dont les prix ne sont pas réglementés, qui cherche à optimiser son bénéfice et qui est le seul vendeur actuel et futur de ces produits (un « monopoleur hypothétique ») impose vraisemblablement une augmentation au moins faible mais significative et non transitoire du prix (« SSNIP ») sur au moins un produit du marché, dont au moins un produit vendu par l'une des parties à la fusion. Pour les besoins de l'analyse de cette question, les termes de la vente de produits hors du marché cible restent inchangés. La SSNIP n'est employée qu'en qualité d'outil méthodologique permettant d'effectuer le test du monopoleur hypothétique ; il ne s'agit pas d'un niveau de tolérance des augmentations de prix résultant d'une fusion. »²⁷

Habituellement, une augmentation du prix est jugée faible mais significative lorsqu'elle se situe entre 5 % et 10 %²⁸. Elle est jugée non transitoire si elle perdure pendant au moins un an. On pose également l'hypothèse que les sociétés étrangères au marché cible ne réagiront pas et ne modifieront pas les prix de leurs produits²⁹. Le TMH ne requiert pas d'augmentation uniforme des prix de l'ensemble des produits du

²⁶ L'idée fondamentale du TMH semble avoir été énoncée par la Cour suprême dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire de la *Cellophane* en 1956, ainsi que par Adelman, en 1959, dans un article d'analyse juridique. Cette idée a été reprise par Sullivan à la fin des années 70 dans son *Handbook on Antitrust Law* [Manuel de droit de la concurrence] (1977) et dans le traité de droit de la concurrence d'Areeda et Turner (1978). La première mention explicite du terme de « monopoleur hypothétique » se trouve dans un rapport publié en 1978 par le ministère américain de la Justice consacré au secteur du charbon. Pour un historique du TMH, voir Werden (2003).

²⁷ Lignes directrices américaines sur les fusions de 2010, 4.1.1, note de bas de page non reportée.

²⁸ Le choix étant plutôt arbitraire, on pourrait également utiliser les hausses comme les baisses de prix.

²⁹ Implicitement, cela présuppose que l'élasticité de l'offre des sociétés hors du marché cible est infinie. C'est donc la fonction de la demande structurelle qu'il faut prendre en compte et non la fonction de la demande résiduelle. Ceci simplifie l'analyse empirique puisque seule les élasticités directes et les élasticités-prix croisées doivent être prises en considération. Voir Camesasca et van den Bergh (2006:114).

marché. Ce point peut poser problème si les marges des produits des marchés cible sont très différentes. Toutefois, dans une situation symétrique où les structures de marge et de demande sont similaires, il est raisonnable de supposer que l'augmentation de prix sera uniforme³⁰.

Une version légèrement différente du TMH, utilisée par exemple dans l'UE, consiste à observer si un monopoleur hypothétique peut procéder à une SSNIP rentable (augmentation faible mais significative et non transitoire des prix) de 5 %. Cette version du TMH peut amener à définir le marché différemment car une augmentation de prix de 5 % peut rester rentable pour le monopoleur hypothétique alors qu'une société cherchant à optimiser le bénéfice n'accroîtrait quant à elle son prix que de 3 %³¹.

Ce sont les contraintes concurrentielles qui lui sont imposées par les autres produits et services qui détermineront si oui ou non un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice procédera à une SSNIP. S'il choisit de ne pas le faire, c'est que d'importantes contraintes concurrentielles doivent limiter le pouvoir de marché, donc sa capacité à imposer une SSNIP optimisant le bénéfice³².

Le marché pertinent doit également être défini en fonction de la dimension géographique. En effet, le coût élevé du transport, par exemple, peut limiter les possibilités ou la volonté des consommateurs de se déplacer davantage pour acheter des produits. En d'autres termes, les contraintes concurrentielles ne sont pas seulement le fait des produits substituables disponibles dans un lieu donné, mais aussi des produits disponibles dans d'autres lieux vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner afin de faire leurs achats. Il convient donc de tenir compte de la localisation des fournisseurs pour définir le marché géographique pertinent³³. Pour délimiter la dimension spatiale d'un marché, il est possible d'employer la même approche conceptuelle. Pour définir un marché géographique, le TMH

*« exige qu'une société hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice, seul producteur actuel ou futur du ou des produits pertinents situés dans la région, impose au moins une SSNIP dans au moins l'une des régions, dont au moins l'une de celles où sont présentes les parties à la fusion. Dans cet exercice, les conditions de vente de l'ensemble des produits fabriqués ailleurs restent inchangées. »*³⁴

³⁰ Le type d'augmentation de prix dont il faut tenir compte fait quelque peu débat. Il est possible d'envisager diverses options : l'augmentation d'un seul prix, une augmentation de prix uniforme pour l'ensemble des produits sous le contrôle du monopoleur hypothétique ou une augmentation optimisant le bénéfice qui pourrait impliquer des augmentations de prix diverses pour les différents produits. Selon le type d'augmentation de prix, le marché pertinent peut être plus ou moins vaste. À cet égard, voir Daljord et Sørsgard (2011) et Daljord *et al.* (2008). Si des sociétés produisant plusieurs biens différenciés sont impliquées, le test SSNIP doit être modifié afin de tenir compte des incitations tarifaires du monopoleur hypothétique (voir par exemple Davis et Garcés (2010:214)). Les incitations tarifaires du monopoleur hypothétique varient également selon qu'il vend des substituts ou des compléments hors du marché cible.

³¹ Cette différence doit être prise en considération lorsque le TMH est employé, par exemple à l'aide de l'analyse de la perte critique. Voir section 3.2.3 ci-dessous. À l'évidence, se demander si une certaine augmentation des prix est rentable pour l'entreprise ne revient pas à se demander si cette augmentation maximise ses bénéfices.

³² De par la manière dont il est construit, le TMH se rapporte à une augmentation de prix. Dans certains marchés, toutefois, la concurrence peut porter sur d'autres paramètres que le prix, comme la qualité ou le service. Le TMH doit donc être adapté aux diverses formes de concurrence non tarifaire. Bien que ce soit en principe possible, étudier une diminution de qualité sans changement de prix peut se révéler plus difficile que d'étudier une augmentation de prix.

³³ La situation dans laquelle les fournisseurs refusent de servir certains clients est traitée dans le contexte de la définition du marché avec discrimination par les prix.

³⁴ Lignes directrices américaines de 2010 sur les fusions horizontales, section 4.2.1.

Si le monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice peut imposer une SSNIP, le marché comprend l'ensemble des produits et des régions qui imposent les contraintes concurrentielles les plus immédiates sur le comportement du détenteur du monopole.

Les contraintes concurrentielles qui limitent une augmentation de prix ont trois origines : la substitution du côté de la demande, la substitution du côté de l'offre et l'entrée sur le marché. Selon la Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause, « la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. »³⁵ Elle comprend toutes les différentes manières dont les acheteurs peuvent réagir à une augmentation des prix, qui dépendent, entre autres, de la disponibilité et de la proximité de produits substituables, de l'existence d'un lieu de substitution et des coûts de transport. L'élasticité de la fonction de la demande de marché – explicitement prise en compte par le TMH – synthétise tous les types de substitution du côté de la demande. Si l'élasticité-prix est élevée, les consommateurs réagiront en réduisant leur demande dans une large mesure car ils disposent de nombreux produits substituables proches vers lesquels ils peuvent se tourner, ou bien le produit ou service est par exemple disponible dans les environs. Dans ce cas, le monopoleur hypothétique n'imposerait pas de SSNIP et le marché cible ne serait pas un marché pertinent³⁶.

Outre la substitution de la demande, un monopoleur hypothétique fait face à une deuxième contrainte concurrentielle importante : la substituabilité de l'offre. Ce concept désigne la capacité des autres sociétés à réaffecter rapidement les actifs de production existants qui ne sont pas sous le contrôle du monopoleur hypothétique afin de produire des biens substituables. Dans ce cas, la substituabilité de l'offre peut limiter le pouvoir de marché du monopoleur hypothétique de la même manière que la substitution du côté de la demande. Pour que la substituabilité de l'offre ait un impact sur la concurrence, il faut que les sociétés produisant des substituts disposent des capacités de production ainsi que du savoir-faire technologique requis³⁷. Elles doivent également avoir accès aux canaux de distribution et aux concepts de commercialisation nécessaires et être en mesure de restructurer rapidement leur production, habituellement en moins d'un an et sans coûts significatifs. Il faut donc par exemple que les capacités de production et logistiques ne soit pas gelées dans le cadre de contrats à long terme. Si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite, il est peu probable qu'une offre substituable se forme.

La substituabilité de l'offre est traitée différemment selon les pays. Dans l'UE, « La substituabilité du côté de l'offre peut également être prise en considération pour définir le marché en cause dans les opérations où cette substituabilité a des effets équivalents à ceux de la substituabilité du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. »³⁸ Ce concept a pour intérêt de traiter de manière symétrique les contraintes concurrentielles imposées par la substituabilité du côté de la demande et du côté de l'offre. Cette symétrie peut toutefois aussi poser problème au niveau du marché de produits. Si la substituabilité du côté de l'offre est envisagée au moment où le marché pertinent est défini, il est possible que deux produits A et B non substituables du côté de la demande se retrouvent dans le même marché de produits car le producteur du produit B pourrait aisément et rapidement délaisser ce dernier pour fabriquer le produit A. Il risque fort d'en résulter un marché de produits non intuitif composé de biens non substituables³⁹.

³⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JO C 372 [1997], par. 13.

³⁶ Si les acheteurs disposent d'un pouvoir (de monopsonie ou d'oligopsonie), les marchés pertinents doivent être définis de la même manière, en tenant compte cette fois de la contrainte concurrentielle imposée par la substitution des vendeurs. Voir Baker (2007:133).

³⁷ Comme le terme l'indique, la substitution ne nécessite pas une technologie identique mais simplement la possibilité de s'adapter assez rapidement et à peu de frais.

³⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JO C 372 [1997], par. 20.

³⁹ Par ailleurs, lorsque l'on mesure l'élasticité-prix de la demande ou les élasticité-prix croisées – afin de déterminer quels sont les plus proches substituts, par exemple – il faut estimer la fonction de la demande

Les lignes directrices américaines sur les fusions horizontales se cantonnent à la substituabilité de la demande lors de l'étape de l'analyse consistant à délimiter le marché pertinent. Ce n'est que plus tard que la réaction des fournisseurs est intégrée, lorsque les acteurs du marché sont définis et que les parts de marché sont attribuées. Selon cette approche, les sociétés qui réorientent très facilement et rapidement leur production, au moins partiellement, vers le marché pertinent sont considérées comme de nouveaux entrants rapides et sont comptées parmi les acteurs du marché. Si l'on dispose d'informations sur les capacités de production qui pourraient être consacrées au marché pertinent de manière rentable, ces nouveaux entrants rapides se voient attribuer une part de marché en fonction de ces capacités. Ainsi, le marché pertinent défini à partir de la substituabilité de la demande serait étendu afin de prendre en considération la marge de manœuvre du côté de l'offre.

Les deux manières d'approcher la substituabilité de l'offre tiennent compte de cette importante contrainte concurrentielle. La différence principale tient dans l'étape de l'analyse à laquelle elle est prise en compte. En règle générale si ces deux approches sont menées correctement, elles doivent aboutir à des parts de marché et à des mesures de concentration similaires. Toutefois, si l'on souhaite tenir compte simultanément de la substituabilité du côté de l'offre et de la demande au moment de la définition du marché pertinent, il faut analyser les réactions concurrentielles des sociétés rivales et comparer les effets favorables et défavorables pour la concurrence⁴⁰. Il est largement plus complexe de définir le marché pertinent de cette manière et les résultats peuvent prêter à controverse. Il semblerait que se cantonner à la substituabilité du côté de la demande dans la première étape de définition d'un marché pertinent ait des avantages pratiques puisque l'on peut alors se concentrer sur les contraintes concurrentielles une à une.

L'entrée sur le marché et les questions connexes de l'existence et de la rigidité des barrières à l'entrée et au repositionnement de produit ne sont généralement pas traitées lors de la définition du marché pertinent mais plus tard dans l'analyse de la concurrence *au sein du* marché pertinent. Ces contraintes concurrentielles ne seront donc pas étudiées plus avant dans le présent rapport.

3.2 *Mise en œuvre du TMH*

3.2.1 *Éléments utilisés pour définir le marché pertinent*

Les éléments démontrant la substitution du côté de la demande proviennent notamment de l'évolution de la structure du marché, par exemple l'arrivée d'un nouveau fournisseur ou autres expériences naturelles⁴¹. Deuxièmement, un même marché peut avoir récemment fait l'objet d'une analyse de la concurrence. Ainsi, on peut disposer de données – comme une estimation du système de demande – permettant d'estimer les élasticité-prix directe et croisées de la demande, du moins au regard du comportement antérieur des consommateurs. Troisièmement, on peut obtenir des éléments démontrant la substitution du côté de la demande en réalisant des enquêtes auprès des consommateurs⁴². Dans ce cadre, on demande aux consommateurs vers quel produit ou quels lieux ils se tourneraient afin de trouver un substitut au produit considéré si son prix devait subir une SSNIP. Ces enquêtes peuvent être réalisées de

résiduelle, qui tient aussi compte des réactions des concurrents. À l'inverse, se cantonner à la seule substituabilité de la demande à ce stade permet d'estimer la fonction de la demande structurelle, qui ne tient compte que de la substituabilité de la demande, ce qui est bien plus aisé à faire.

⁴⁰ Voir par exemple Baker (2007:133) pour une discussion des problèmes que peut susciter l'intégration de la substituabilité de l'offre dès l'étape de la définition du marché pertinent (plutôt qu'ultérieurement).

⁴¹ Voir par exemple Baker et Bresnahan (2008) pour une enquête sur les preuves économiques utilisées pour définir le marché pertinent et mesurer le pouvoir de marché. Au sujet des expériences naturelles en analyse de la concurrence, voir Davis et Garcés (2010:185).

⁴² Voir par exemple Baker et Bresnahan (2008:12).

façon empirique à l'aide d'une méthode d'échantillonnage adaptée ou en interrogeant des consommateurs. Quatrièmement, la société elle-même, par le biais par exemple de son service marketing, peut avoir recueilli des données sur le comportement de substitution des acheteurs afin de déterminer quels sont ses plus proches concurrents. Cinquièmement, des spécialistes sectoriels, conseillers, anciens dirigeants, fournisseurs de pièces ou distributeurs peuvent fournir des informations sur le comportement de substitution probable des acheteurs. Sixièmement, les coûts de transfert vers des substituts et le temps nécessaire pour se tourner vers des produits hors du marché cible, ainsi que les caractéristiques et les lieux de vente du produit, peuvent permettre de déduire la substituabilité de la demande. La preuve de la substituabilité de l'offre peut être fondée sur les informations fournies par des spécialistes du secteur et des technologies concernés ainsi que par les antécédents des acteurs du marché (changements structurels du marché et réactions aux comportements tarifaires des concurrents).

3.2.2 *Le TMH dans les affaires de fusion*

Pour définir le marché de produits pertinent dans une affaire de fusion, on commence généralement par effectuer le TMH sur la base d'un marché cible restreint composé des produits de chacune des parties à la fusion⁴³. Si le détenteur d'un monopole optimisant son bénéfice sur l'un de ces produits effectue une SSNIP sur au moins l'un de ces produits, le marché pertinent est défini. Dans le cas contraire, le(s) meilleur(s) substitut(s) est(sont) inclus dans le marché cible, et le test est de nouveau effectué pour le groupe de produits élargi. Cette procédure est répétée jusqu'à ce que l'on trouve un groupe de produits satisfaisant les conditions du test⁴⁴. Ainsi, en commençant par un certain produit ou groupe de produits, le marché pertinent retenu est généralement le plus petit marché réussissant le test. Cela ne signifie pas que tous les produits considérés comme des substituts par les consommateurs soient inclus dans le marché pertinent. Il existe en effet plusieurs marchés pertinents puisqu'un marché pertinent comportant davantage de substituts satisfait lui aussi les conditions du TMH⁴⁵.

On emploie une procédure équivalente afin de définir le marché géographique pertinent. Après le lieu d'exercice des parties à la fusion, d'autres lieux sont ajoutés aux marchés cible jusqu'à ce que les conditions du test soient satisfaites. D'un point de vue économique, il convient de définir simultanément les marchés de produits et géographique, faute de quoi les marchés peuvent être définis de manière trop étroite. En effet, la substitution de produits, ou la substitution géographique pourrait être suffisamment limitée en elle-même pour qu'une SSNIP soit rentable, cependant qu'une substitution simultanée des deux dimensions exclurait éventuellement toute rentabilité. C'est notamment le cas si les acheteurs des produits substituables sont différents de ceux qui achètent dans d'autres lieux⁴⁶.

⁴³ Baker (2007:144). Dans la pratique, on ne retiendra des marchés cible ventilés selon des critères subtils que si les informations sur le comportement de substitution des consommateurs sont disponibles. Dans les marchés dont les produits sont différenciés de manière subtile, il est souvent possible d'agréger des groupes de produits différenciés et ces groupes peuvent servir de point de départ. Voir, par exemple, Baker (2007:145).

⁴⁴ Avec deux marchés cibles à l'origine, cette procédure peut en principe aboutir à des marchés de produits pertinents qui ne se chevauchent pas – le cas échéant, la fusion ne serait pas considérée comme horizontale et les sociétés n'entreraient pas en concurrence sur le même marché.

⁴⁵ Baker (2007) a mis en évidence que si les marchés pertinents varient selon le point de départ, par exemple s'ils se chevauchent ou s'emboîtent, l'analyse de la concurrence doit être réalisée dans tous les marchés pertinents qui sont préoccupants du point de vue de la concurrence.

⁴⁶ D'un point de vue théorique, la distinction entre marché de produits et marché géographique est artificielle. Dans la théorie économique, les biens sont définis par leurs caractéristiques physiques, le lieu et leur disponibilité à un moment donné dans le temps. Par conséquent, la substituabilité de la demande inclut automatiquement tous les types de substitution.

Bien que cette procédure algorithmique soit sensée d'un point de vue conceptuel, cette méthode purement itérative et le principe du plus petit marché peuvent poser des problèmes car « la méthode peut ne pas déceler qu'une fusion est horizontale bien qu'elle le soit, les conditions du test pouvant être satisfaites avant qu'un produit de l'autre partie à la fusion – pourtant concurrent – ne soit inclus dans le marché provisoire⁴⁷. » Une certaine flexibilité du seuil d'augmentation des prix est donc raisonnable. Si un léger relèvement du seuil avait pour effet de transformer une fusion non horizontale en fusion horizontale, il conviendrait d'utiliser un seuil légèrement plus élevé⁴⁸. L'application de la procédure itérative est par ailleurs compliquée par un autre problème pratique, celui de la détermination du ou des meilleur(s) substitut(s).

Le principe du plus petit marché peut poser un problème connexe par exemple lorsqu'il existe des substituts plus proches du produit de départ que ceux faisant déjà partie du marché pertinent. Le cas échéant, les marchés pourraient être constitués de « divers liens non connectés dans la chaîne des substituts »⁴⁹. Pour éviter de tels marchés non intuitifs, tout « vide » dans le marché pertinent peut être comblé par des substituts plus proches.

Malgré ces difficultés, le principe du plus petit marché doit être appliqué afin d'éviter de définir des marchés aux frontières trop vastes. Il est aussi adopté dans les Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales ainsi que dans les Lignes directrices d'évaluation des fusions de la Commission de la concurrence et de l'Office of Fair Trading britanniques :

« Le marché pertinent peut ne pas être le marché le plus restreint validé par le test du monopoleur hypothétique. Néanmoins, lorsqu'elles y ont recours, les Autorités n'utiliseront normalement aucun seuil de part de marché et de concentration calculé autrement que sur la base du marché le plus restreint validé par le test du monopoleur hypothétique. »⁵⁰

Toutefois, pour utiliser le test du monopoleur hypothétique, il est nécessaire de déterminer quels produits peuvent être considérés comme les meilleurs substituts de second rang et être ainsi intégrés à un marché cible si celui-ci ne s'est pas révélé pertinent. Les élasticités-prix croisées et les ratios de diversion sont les concepts économiques employés pour déceler de manière empirique les produits exerçant les contraintes concurrentielles les plus importantes.

Encadré 3. Élasticités-prix croisées et ratios de diversion

L'élasticité-prix croisée désigne la variation en pourcentage de la demande d'un produit 2 lorsque le prix du produit 1 augmente de 1 %. On la formule comme suit

$$\varepsilon_{21} = \frac{\partial Q_2(p_1, p_2, \dots, p_n)}{\partial p_1} \frac{p_1}{Q_2}$$

où p_1 désigne le prix du produit 1 et Q_2 la quantité de produits 2 demandée (pour des prix p_1, p_2, \dots, p_n). Veuillez noter que dans le cas des substituts, cette élasticité est positive. Elle mesure le degré de substituabilité entre deux produits. Les élasticités-prix croisées mesurent le degré de substituabilité entre deux produits. Par exemple, une élasticité-prix croisée entre les produits 1 et 2, ε_{21} , de 1,5 implique qu'une augmentation de 1 % du prix du produit 1 accroît la demande de produit 2 de 1,5 %.

⁴⁷ Lopatka (2011:80).

⁴⁸ Voir Rill (1990:49f).

⁴⁹ Farrell (2011:663).

⁵⁰ CC/OFT (2010), 5.2.3.

Le ratio de diversion entre les produits 1 et 2 caractérise la manière dont la baisse de la demande du produit 1 entraînée par l'augmentation de son prix est reportée sur le produit 2. Cela dépend bien entendu de l'élasticité-prix directe du produit 1 et de l'élasticité-prix croisée entre les produits 1 et 2. De manière formelle, le ratio de diversion entre les produits 2 et 1 se définit comme suit

$$D_{12} = \frac{\partial Q_2 / \partial p_1}{\partial Q_1 / \partial p_1} = - \frac{\varepsilon_{21} Q_2}{\varepsilon_1 Q_1}.$$

Il est parfois utile de pondérer le ratio de diversion à l'aide des prix relatifs des deux produits. On obtient alors le ratio de diversion en termes de revenus.

$$D_{12}^r = \frac{\partial Q_2 / \partial p_1 \cdot p_2}{\partial Q_1 / \partial p_1 \cdot p_1} = - \frac{\varepsilon_{21} Q_2 \cdot p_2}{\varepsilon_1 Q_1 \cdot p_1}.$$

Ce dernier montre quelle part de revenu est reportée du produit 1 vers le produit 2 en raison de l'augmentation de p_1 . L'ampleur des revenus reportés dépend naturellement des prix des deux produits.

Le ratio de diversion entre les produits 1 et 2 montre à quel point la demande perdue par le produit 1 du fait de l'augmentation de son prix est reportée sur le produit 2. Elle mesure le degré de proximité concurrentielle entre deux produits. Par exemple, si l'élasticité-prix directe ε_1 est égale à -3, l'élasticité-prix croisée ε_{21} à 1,5, et les quantités sont égales à 2 000 pour le produit 1 et 1 500 pour le produit 2, alors le ratio de diversion est de 35 % pour une augmentation de 5 % du prix du produit 1.

Si l'on dispose d'éléments quantitatifs concernant le comportement de substitution des acheteurs, qu'ils proviennent d'une étude de consommation ou d'une estimation du système de la demande, alors les élasticités-prix directes et croisées peuvent être estimées à l'aide de méthodes économétriques⁵¹. Ces mesures peuvent être utilisées afin de classer les substituts potentiels selon leurs élasticités-prix croisées et/ou ratios de diversion et pour ajouter le substitut le plus proche au marché cible afin d'appliquer le test TMH à ce marché élargi⁵². L'élasticité-prix croisée employée pour classer les substituts les plus proches d'un produit donné mesure la variation en pourcentage de la quantité d'éventuels substituts demandée lorsque le prix d'un ou de plusieurs biens du marché cible augmente. Par exemple, si le produit 1 figure dans le marché cible et que l'on cherche à savoir si le produit 2 doit également y être inclus, l'élasticité-prix croisée pertinente est alors ε_{21} . Veuillez noter que les élasticités-prix croisées et les ratios de diversion n'engendrent pas nécessairement le même classement des produits puisque le ratio de diversion dépend également des quantités des deux produits écoulées. Si ces quantités diffèrent considérablement, les marchés pertinents délimités peuvent être différents selon que l'on applique l'un ou l'autre des classements⁵³.

⁵¹ Nous n'examinerons pas les techniques quantitatives employées entre autres pour estimer les fonctions de la demande, les systèmes de demande et les élasticités. Davis et Garcés (2010) propose une étude de ces méthodes dans une étude commandée à l'origine par la DG de la concurrence

⁵² Au sujet du classement des substituts, voir Werden (1998).

⁵³ Dans la pratique, des méthodes empiriques telles que l'analyse de la corrélation des prix ou les tests de stationnarité sont souvent employées afin de déterminer si des produits appartiennent au même marché pertinent. Pour une étude de ces méthodes, voir par exemple Davis et Garcés (2010:169f.). Le recours à ces méthodes est toutefois critiqué car leurs résultats peuvent être trompeurs. En effet, ces approches ne tiennent pas compte de la question centrale de la délimitation du marché, à savoir l'ampleur de la substitution du côté de la demande. (Baker (2007:152)). Il est possible de faire valoir le même argument pour les tests de flux de livraison (test d'Elzinga-Hogarty) qui déterminent le degré d'isolement d'une région économique selon les flux entrants (peu d'entrées) et les flux sortants (peu de sorties). Si ces flux sont faibles, la région est réputée constituer un marché géographique pertinent. Cependant, puisque ce test

S'il n'existe aucune preuve directe du comportement de substitution des consommateurs et que les élasticités et les ratios de diversion ne peuvent alors pas être estimés, il faut choisir le meilleur substitut de second rang à inclure au marché cible sur la base des éléments qualitatifs les plus probants disponibles. Dans ce cas, des aspects comme l'interchangeabilité, les caractéristiques physiques ou le niveau de prix peuvent être considérés comme des indicateurs du degré de substituabilité.

3.2.3 Mettre en œuvre le TMH à l'aide d'une analyse de la perte critique

La question de savoir si un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice va imposer une SSNIP, à savoir la question que se pose le TMH, ne dépend pas seulement de la substitution du côté de la demande mais aussi de la marge bénéficiaire du monopoleur hypothétique⁵⁴. Une augmentation du prix par le détenteur d'un monopole a deux effets : d'un côté, la marge dégagée sur les quantités qu'il continue d'écouler après l'augmentation de prix est supérieure mais, d'un autre côté, la quantité vendue baisse. Une augmentation du prix n'est donc rentable que si l'augmentation de revenus dégagée par les ventes à marge plus élevée est supérieure à la perte de revenus engendrée par la diminution des volumes écoulés. Cette relation entre la marge bénéficiaire et le volume de substitution de la demande entraîné par une augmentation de prix de S pour cent a donné naissance au concept de la perte critique et à sa contrepartie, l'élasticité critique⁵⁵. Il ne s'agit pas d'une solution alternative au TMH mais d'un moyen de le mettre en œuvre⁵⁶.

La perte critique de seuil de rentabilité désigne le volume de demande qui doit être perdu en réaction à une augmentation des prix de 5 % pour que cette augmentation ne soit pas rentable. En d'autres termes, l'élasticité critique indique la valeur maximale de l'élasticité-prix de la demande (frôlant le seuil d'indifférence) qui incite un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice à accroître le prix de S . La perte critique doit être comparée à la perte effective escomptée (AL) qu'une société subirait en augmentant les prix. On peut obtenir une approximation de cette perte effective en multipliant l'augmentation de prix S par l'élasticité-prix de la demande⁵⁷. Si la perte critique est inférieure à la perte effective, une augmentation de prix de 5 % n'est alors pas rentable et il faut ajouter les meilleurs substituts de second rang au marché et réitérer l'analyse de la perte critique sur la base du marché cible élargi.

Il est possible de dériver comme suit la perte critique de seuil de rentabilité standard en cas de produits homogènes⁵⁸. Soit le prix initial p^0 et le prix après augmentation p^1 . Les quantités demandées à ces prix sont notées $Q(p^0)$ et $Q(p^1)$, sachant que la demande au prix le plus élevé est présumée inférieure à celle au prix le plus faible. Le bénéfice de la société qui produit à coût marginal constant c dépend du prix choisi et est noté $\pi(p^0)$ et $\pi(p^1)$. La différence entre les prix $p^1 - p^0$ est notée Δp la différence de bénéfice est notée $\Delta \pi$, et la différence entre les quantités demandées $Q(p^0) - Q(p^1)$ est notée ΔQ . L'augmentation n'est pas rentable si la variation du bénéfice, notée $\Delta \pi$, est nulle :

repose sur des prix courants, il ne répond pas à la question de la substitution du côté de la demande en cas d'augmentation des prix et peut donc surestimer ou sous-estimer les frontières géographiques du marché. Voir par exemple Werden (1981) ou Baker (2007:153).

⁵⁴ Dans ce qui suit, nous ne tiendrons pas compte de la substitution de l'offre au moment de la définition du marché pertinent.

⁵⁵ Ce concept a été introduit par Harris et Simons (1989).

⁵⁶ Tout comme il existe deux versions différentes du TMH, l'une supposant une SSNIP qui optimise le bénéfice et l'autre supposant une SSNIP seulement rentable cette fois, il existe deux versions de la perte critique : la « perte critique d'optimisation du bénéfice » et la « perte critique de seuil de rentabilité ».

⁵⁷ Cette approche convient lorsque la fonction de la demande est linéaire ou, approximativement, pour les faibles augmentations de prix. Si la demande n'est pas linéaire, la perte effective dépend de la courbure de la demande. Voir Ezriev et Simons (2011).

⁵⁸ Cette présentation reprend celle de Davis et Garcés (2010:211).

$$\Delta\pi = (p^1 - p^0)Q(p^1) - (p^0 - c)(Q(p^0) - Q(p^1)) = 0.$$

Le terme $(p^1 - p^0)Q(p^1)$ décrit le bénéfice supplémentaire généré par la vente de la quantité $Q(p^1)$ à un prix plus élevé et $(p^0 - c)(Q(p^0) - Q(p^1))$ exprime la perte de bénéfice engendrée par la diminution des quantités écoulées. Si les deux effets sont égaux, l'augmentation de prix est n'a pas d'incidence sur les bénéfices.

Ceci peut s'exprimer sous la forme suivante :

$$(p^1 - p^0)(Q(p^1) - Q(p^0) + Q(p^0)) - (p^0 - c)(Q(p^0) - Q(p^1)) = 0$$

ou

$$(p^1 - p^0 + (p^0 - c))(Q(p^1) - Q(p^0)) = (p^1 - p^0) Q(p^0).$$

En divisant par $Q(p^0)$ et p^0 et en reformulant les termes

$$\frac{Q(p^0) - Q(p^1)}{Q(p^0)} = \frac{p^1 - p^0}{p^0} / \left(\frac{p^1 - p^0}{p^0} + \frac{p^0 - c}{p^0} \right).$$

Le terme de gauche désigne la diminution de la quantité demandée en raison de l'augmentation des prix, exprimée en pourcentage, c'est-à-dire la perte critique, $(p^1 - p^0)/p^0 = S$ est l'augmentation de prix exprimée en pourcentage et $(p^0 - c)/p^0 = m$ est la marge.

La perte critique du seuil de rentabilité peut donc s'écrire ainsi

$$CL = \frac{S}{S + m}.$$

À titre d'exemple, si l'augmentation de prix s'élève à 5 % et que la marge est de 45 %, la perte critique est alors égale à 10 %. En d'autres termes, il faudrait que la société perde 10 % de sa demande pour qu'une augmentation de prix de 5 % ne soit pas rentable. Veuillez noter que la perte critique de seuil de rentabilité est indépendante de la forme des fonctions de la demande ou du coût sous-jacentes et peut être mesurée en ne tenant compte que de la marge et de l'élasticité-prix de la demande.

Cette analyse pose la question de savoir si une augmentation de prix de 5 % serait rentable.. Il est toutefois possible qu'un monopoleur hypothétique n'augmente ses prix que de 3 % car cela lui permet d'optimiser son bénéfice, quand bien même une augmentation de 5 % serait plus rentable que de laisser les prix inchangés. Il est donc possible de définir une perte critique « d'optimisation du bénéfice » et de montrer que cette dernière est toujours inférieure à la perte critique de « seuil de rentabilité ». Par conséquent, mettre en œuvre le TMH à l'aide de la perte critique de seuil de rentabilité peut entraîner des marchés plus restreints, car le détenteur du monopole peut perdre davantage de ventes avant que cette baisse de volume ne devienne critique.

Si l'on se place du point de vue de la perte critique d'un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice, la forme de la fonction de la demande joue alors un rôle important⁵⁹. Si la fonction de la demande est linéaire, la perte critique d'optimisation du bénéfice CL_i^* est donnée par

⁵⁹ Pour la dérivation des formules, voir Werden (1998).

$$CL_l^* = \frac{S}{2S + m},$$

où l'indice l signifie linéaire. Pour une fonction de la demande à élasticité constante, ou fonction de la demande isoélastique, la perte critique d'optimisation du bénéfice CL_l^* est

$$CL_i^* = 1 - (1 + S) \frac{-(1+S)}{S+m}.$$

où l'indice i signifie isoélastique. Si la perte effective est inférieure à la perte critique, le marché cible doit être élargi en y intégrant les substituts les plus proches. Une augmentation de prix n'est pas rentable (ou, tout du moins, n'optimise pas le bénéfice) si la perte effective est supérieure à la perte critique. Si c'est le cas, le marché pertinent a été trouvé.

Veillez noter qu'une marge plus élevée s'accompagne d'une perte critique inférieure car les faibles augmentations de prix sur les ventes qui continuent d'être réalisées ont moins d'importance – du fait des marges élevées – que la perte de bénéfice induite par la diminution des ventes. Les parties font donc souvent valoir que lorsqu'une société affiche une marge élevée, la perte effective induite par une augmentation de 5 % des prix sera assurément supérieure à la faible perte critique. Cette augmentation ne serait donc pas rentable et il faudrait élargir le marché. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'une marge initiale élevée implique que l'élasticité-prix de la demande à ce niveau est faible, c'est-à-dire que les consommateurs ne sont pas particulièrement sensibles aux prix. Par conséquent, une légère augmentation du prix ne devrait entraîner qu'une faible diminution de la demande. Si une forte marge initiale s'accompagne de pertes importantes lors d'une augmentation du prix, cela peut indiquer que le prix a déjà été relevé au-delà du niveau concurrentiel. Dans ce cas, la société détient déjà un pouvoir de marché et le marché ne doit pas être davantage élargi⁶⁰.

La question de savoir comment appliquer l'analyse de la perte critique aux affaires de fusion suscite un vif débat⁶¹. Il a été mis en évidence que le monopoleur hypothétique contrôle plusieurs produits qui ne sont pas nécessairement parfaitement substituables mais qui pourraient être des produits différenciés. Dans ces cas, la substituabilité des produits révélée par les élasticités-prix croisées et les ratios de diversion doit être prise en compte dans le calcul de la perte critique⁶².

Par exemple, si un monopoleur hypothétique contrôlant les produits 1 et 2 augmentait le prix du produit 1, une part D de la diminution de la demande serait reportée sur le produit 2 et la perte effective ne correspondrait qu'aux ventes perdues qui n'ont pas été récupérées par le produit 2. Si l'augmentation de prix des deux produits (ou de tous les produits du marché cible s'ils sont plus de deux) est uniforme, le ratio de diversion agrégé D indique la part des ventes perdues récupérée par l'ensemble des autres produits contrôlés par le monopoleur hypothétique. Par conséquent, la perte effective est égale à $(1 - D)S\varepsilon$. À l'aide de l'indice de Lerner, cela peut s'exprimer ainsi $(1 - D)S/m$ ⁶³. Cette perte effective est inférieure

⁶⁰ À cet égard, voir Farrell et Shapiro (2003) ou O'Brien et Wickelgren (2003).

⁶¹ Voir par exemple Coate et Simons (2009), (2010a) et (2010b), Coate et Williams (2005) et (2008), Daljord *et al.* (2007), Farrell et Shapiro (2008) et (2010), Katz et Shapiro (2003) et (2004) et O'Brien et Wickelgren (2003) et (2004), ainsi que Scheffman et Simons (2003).

⁶² Voir Farrell et Shapiro (2003) ou O'Brien et Wickelgren (2003).

⁶³ L'indice de Lerner implique que $\varepsilon = 1/m$.

à la perte critique de seuil de rentabilité, c'est-à-dire qu'un marché pertinent a été délimité si la condition suivante est satisfaite⁶⁴ :

$$D \geq \frac{S}{S + m}.$$

Cette condition est plus facile à satisfaire si la marge est élevée et/ou si le ratio de diversion agrégé est élevé, c'est-à-dire si le monopoleur hypothétique est en mesure de récupérer une plus grande part de la diminution de la demande due à l'augmentation de prix de l'un de ses produits.

La condition est différente si l'on considère non pas la perte critique de seuil de rentabilité mais la perte critique d'un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice. En cas de fonction de la demande linéaire, cette condition devient

$$D \geq \frac{2S}{2S + m}.$$

Pour appliquer le TMH en analysant la perte critique, il faut vérifier si toutes les hypothèses ayant servi à la dérivation de la formule qui doit être appliquée sont vérifiées⁶⁵. Par exemple, la dérivation de la formule suppose implicitement que le coût marginal du monopoleur hypothétique demeure constant. Par ailleurs, la fonction du coût total et la fonction de la demande sont présumées être continues. Cependant, si, par exemple, d'importantes charges fixes peuvent être économisées en réduisant la production (en fermant une usine par exemple), ou si la fonction de la demande montre un défaut lorsque l'on étudie les prix en vigueur (parce que les élasticités des différents usages du produit diffèrent largement), l'application des formules entraînerait la délimitation de marchés trop vastes. Dans ces cas, le TMH ne doit pas être appliqué à l'aide d'une analyse de la perte critique et le test doit être adapté aux particularités de l'affaire⁶⁶.

Dès lors que toutes les conditions permettant d'appliquer l'analyse de la perte critique sont satisfaites, le TMH peut être mis en œuvre à l'aide de cette analyse. L'application de l'analyse de la perte critique requiert toutefois une étude détaillée du comportement de substitution des consommateurs, c'est-à-dire une estimation des ratios de diversion et des marges des entreprises. L'emploi de l'analyse de la perte critique dans la mise en œuvre du TMH pour délimiter un marché soulève une certaine controverse⁶⁷. Si l'on dispose des informations nécessaires pour mener une analyse de la perte critique approfondie, c'est-à-dire que les ratios de diversion et les marges sont connus, ces données en elles-mêmes seraient presque suffisantes pour estimer directement le pouvoir de marché sans avoir à délimiter de marché pertinent.

3.2.4. *Le TMH dans les affaires de monopolisation ou d'abus de position dominante*

Dans les affaires de fusion, l'analyse initiale prend généralement comme prix de référence le prix en vigueur. En effet, la question centrale d'une analyse des fusions est de savoir si le rapprochement créera ou

⁶⁴ Si l'augmentation de prix ne concerne qu'un seul produit, la condition est alors $D \geq x/m$. (voir Daljord *et al* (2007)). Cela se rapporte à la question de savoir comment le monopoleur hypothétique augmenterait les prix des produits sur le marché cible. Pour une réflexion plus approfondie sur le concept de perte critique, voir par exemple Katz et Shapiro (2008) ou Ten Kate et Niels (2010).

⁶⁵ Y compris la forme de la fonction de la demande s'il s'agit de calculer la perte critique d'optimisation du bénéfice.

⁶⁶ Voir Werden (2008).

⁶⁷ Voir par exemple Baker (2007), Carlton (2007), Coate et Fischer (2008), ainsi que Coate et Williams (2007).

renforcera un pouvoir de marché. L'analyse se concentre sur la manière dont la fusion pourrait changer la situation en vigueur et envisage des augmentations de prix par rapport aux niveaux alors observés⁶⁸. L'analyse des affaires de fusion s'inscrit donc globalement dans une démarche prospective⁶⁹. Dans les affaires de monopole ou d'abus de position dominante, les éventuels impacts anticoncurrentiels peuvent s'être déjà produits. Par conséquent, l'analyse peut devenir rétrospective et le prix en vigueur peut être déjà supérieur au prix concurrentiel⁷⁰. Appliquer mécaniquement le TMH dans les affaires de préjudice rétrospectives en utilisant comme référence le prix en vigueur peut entraîner la délimitation de marchés trop vastes et une sous-estimation du pouvoir de marché d'une société. On parle de *sophisme de la cellophane*.

Encadré 4. Le sophisme de la cellophane

Le sophisme de la cellophane est une critique bien connue et généralement reconnue du test de l'augmentation légère mais significative et non transitoire des prix (SSNIP). Cette critique tire son nom d'une affaire de la Cour suprême américaine intitulée *États-Unis contre EI du Pont de Nemour and Co*,⁷¹ dans laquelle la Cour a accepté une délimitation trop vaste du marché pertinent et n'a ainsi pas détecté le pouvoir de marché de du Pont.

À l'époque, du Pont était le seul et unique fabricant de cellophane. Accusée d'enfreindre la Section 2 du Sherman Act, et plus particulièrement de détenir un monopole sur le commerce fédéral de cellophane, la société a fait valoir que le marché pertinent était composé des matériaux d'emballage souples (comme le papier aluminium, le papier paraffiné, les pellicules en résinite et le polyéthylène) plutôt que de la seule cellophane, comme l'affirmait le ministère américain de la Justice. Le choix du marché pertinent était d'une importance capitale puisque qu'il entraînait des parts de marché largement différentes : moins de 20 % pour le marché large et plus de 75 % pour le marché restreint.

Le tribunal de première instance tout d'abord, puis la Cour suprême se sont rangés aux arguments de du Pont et ont statué qu'au sein du marché pertinent large constitué de tous les matériaux d'emballage souples, la société ne détenait pas de pouvoir de marché important. En analysant l'interchangeabilité des produits, la Cour suprême a introduit l'usage de l'élasticité-croisée de la demande. Après avoir découvert qu'elle était très élevée, la Cour a conclu qu'il était justifié d'inclure d'autres produits dans le marché pertinent.

Sa décision a fait l'objet de vives critiques car elle omettait le fait que les prix à partir desquels le marché pertinent avait été délimité étaient déjà affectés par l'infraction. En d'autres termes, le marché a été délimité à l'aide d'une analyse prospective, comme dans les affaires de fusion, sans prendre en considération (au moins partiellement) les effets rétrospectifs de l'infraction présumée. Les prix en vigueur employés pour l'analyse étaient supérieurs au niveau concurrentiel. La substituabilité entre la cellophane et les autres matériaux d'emballage a donc été jugée élevée et de vastes frontières ont été établies à tort pour définir le marché pertinent⁷².

⁶⁸ À l'exception notable des États-Unis, où les prix en vigueur avant la fusion peuvent être abaissés si l'autorité soupçonne un comportement coordonné. Le raisonnement est sans doute que le comportement coordonné finira par être abandonné et que les prix en vigueur ne doivent donc pas être employés. Il faut toutefois rappeler clairement qu'en principe une infraction au droit de la concurrence n'autorisera pas l'autorité à faire plus que prendre des mesures destinées à corriger l'infraction identifiée ou interdire la fusion. D'un point de vue analytique, le marché doit donc être délimité sur la base de prix qui ne sont pas (encore) affectés par les impacts de la fusion ou du comportement.

⁶⁹ Les régimes de fusion dénués d'une procédure de (pré-) notification, dans le cadre desquels une fusion peut déjà avoir été achevée depuis un certain temps avant de donner lieu à une enquête constituent une exception évidente. Une fusion peut également empêcher un prix de baisser – il s'agit là aussi en principe d'une analyse prospective, puisque le prix en vigueur est comparé au prix futur escompté.

⁷⁰ Il s'agit naturellement de la même difficulté que celle provoquée par un comportement coordonné dans l'analyse des fusions ou celle liée à la fusion déjà finalisées mentionnées ci-dessus.

⁷¹ *États-Unis contre EI du Pont de Nemours & Co* 351 US 377 [1956].

⁷² Le problème du sophisme de la cellophane est explicitement reconnu par exemple par l'Union européenne et le Royaume-Uni dans leurs lignes directrices respectives. C'est également compte tenu de ce problème

Si le prix en vigueur est déjà largement supérieur au niveau concurrentiel, les consommateurs peuvent juger substituables des produits qui ne le seraient pas à un niveau de prix concurrentiel⁷³. Si le détenteur d'un monopole pratique déjà un prix optimisant son bénéfice, il ne sera sans nul doute pas rentable de l'augmenter encore, sans quoi l'entreprise détentrice du monopole l'aurait déjà fait. Dans ce cas, un TMH effectué à partir du prix en vigueur révélera que le détenteur de monopole cherchant à optimiser le bénéfice n'imposera pas d'augmentation de 5 % du prix, et donc que le marché cible est trop restreint et que d'autres produits doivent y être ajoutés. Cet ajout entraînerait des parts de marché inférieures et donc une sous-estimation du pouvoir de marché des entreprises.

En principe, la solution à ce problème serait d'employer le prix concurrentiel (hors infraction) comme prix de référence dans une analyse de la concurrence rétrospective, et non pas le prix en vigueur. Dans ce cas, le marché pertinent est composé des produits et régions qui sont substituables dans un contexte où le niveau de prix correspondrait à celui en vigueur dans un marché concurrentiel (hors infraction). Néanmoins, si l'on connaît le prix concurrentiel hors infraction, il est possible de déterminer le pouvoir de marché directement en comparant le prix effectif et le prix concurrentiel hors infraction, c'est-à-dire en mesurant la marge. Le prix fictif ou hors infraction approprié n'est toutefois généralement pas facile à déterminer⁷⁴.

Dans certains droits de la concurrence, comme par exemple celui de l'Union européenne ou dans le droit allemand, la délimitation du marché dans les affaires d'abus de position dominante a deux fonctions : tout d'abord, le marché est délimité afin de savoir si une société est en position dominante, ce que l'on détermine à l'aide de seuils de parts de marché. Ensuite, on examine les effets du comportement anticoncurrentiel présumé. Dans ce contexte, la délimitation du marché et les parts de marché aident à apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels⁷⁵.

L'estimation du prix concurrentiel hors infraction a un impact sur la taille du marché pertinent. Si l'on effectuait initialement le TMH à partir d'une estimation de prix fictif concurrentiel inférieur de plus de 5 % au prix en vigueur, une augmentation de prix de 5 % serait rentable, mettant un terme à la définition du marché pertinent. Si l'écart avec le prix concurrentiel estimé est inférieur à 5 %, il faut considérer qu'une augmentation de 5 % ne serait pas rentable et d'autres produits devraient alors être ajoutés au marché cible, entraînant des parts de marché inférieures. Cet exercice de délimitation du marché doit permettre de déterminer les effets anticoncurrentiels et se distingue de celui permettant de déterminer si une entreprise est en position dominante⁷⁶.

que la Commission n'a pas appliqué le test SSNIP dans l'affaire MasterCard relevant de l'article 101. Voir COMP/C.34.579, MasterCard, 19 décembre 2007.

⁷³ Cet effet apparaît clairement lorsque la fonction de la demande est linéaire, auquel cas l'élasticité-prix est une fonction croissante du prix.

⁷⁴ À propos des méthodes d'évaluation du pouvoir de marché employant des prix concurrentiels comme référence, voir Hausman et Sidak (2007) ou OCDE (2012a).

⁷⁵ Il y a peu de temps encore, le caractère anticoncurrentiel d'un comportement était apprécié de manière relativement stricte selon sa nature. En d'autres termes, certains comportements de la part d'entreprises en position dominante étaient interdits en tant que tels et les effets économiques de ces comportements n'étaient pas analysés plus avant. Ces dernières années, on a eu recours à une approche davantage fondée sur les effets, analysant au cas par cas les impacts économiques du comportement anticoncurrentiel présumé.

⁷⁶ Dans ce dernier cas, en effet, la définition du marché pertinent pose un problème conceptuel de taille puisque la délimitation du marché dépend généralement de la théorie du préjudice. L'analyse des éventuels effets anticoncurrentiels doit reposer soit sur le prix en vigueur en cas de théorie du préjudice prospective, soit sur un prix fictif (hors infraction) approprié si l'analyse est rétrospective. Pour déterminer

Il est aussi possible que le prix en vigueur soit inférieur au prix concurrentiel, comme lorsqu'une société perçoit des subventions. Si ces dernières maintiennent le prix des produits et services à un niveau inférieur au prix concurrentiel, on peut alors assister à un « sophisme de la cellophane inversé ». La faiblesse artificielle des prix tient les consommateurs à l'égard de produits alternatifs qu'ils auraient acceptés comme des substituts attrayants à des prix concurrentiels plus élevés. Dans ce cas, il est possible que le marché de produits pertinents soit délimité de manière trop étroite faute d'y inclure d'importants substituts. Cela peut entraîner une surestimation du pouvoir de marché.

L'abus d'une position dominante ou une tentative de monopolisation n'implique pas nécessairement une variation des prix. Lorsqu'une entreprise en position dominante cherche à exclure du marché une rivale de moindre envergure en verrouillant le marché des intrants, cela n'a pas d'effet immédiat sur le prix de marché. Ce n'est qu'une fois la rivale exclue que l'entreprise en position dominante sera selon toute vraisemblance en mesure d'appliquer un prix largement supérieur au niveau concurrentiel. Dans ce cas, l'analyse est de nature prospective, tout comme dans les affaires de fusion, et le test SSNIP doit être initialement effectué à l'aide du prix alors en vigueur afin de délimiter le marché pertinent⁷⁷.

De manière générale, la référence devrait être le prix qui prévaudrait en l'absence de comportement abusif. L'estimation du prix fictif permet de déterminer les effets d'un comportement abusif. Cette pratique est bien différente de la définition du marché exigée par certains régimes juridiques afin de déterminer si la loi s'applique effectivement à l'entreprise considérée⁷⁸. La détermination d'un prix de référence prête aussi souvent à controverse dans le cadre des actions privées en dommages et intérêts car elle peut avoir une incidence sur la taille du marché pertinent, et donc le calcul des dommages-intérêts. L'une des manières d'évaluer le prix concurrentiel dans la pratique consiste à utiliser les marchés comparables⁷⁹. S'il existe un marché concurrentiel pour le même produit, par exemple dans une autre région ou un autre pays, le prix en vigueur dans cette région pourrait être utilisé comme référence de prix concurrentiel. Il est bien cependant souvent difficile de trouver un marché qui corresponde en tous points à celui étudié (offre, demande, technologie, préférences, revenus, etc.). De plus, l'analyse doit mettre en lumière toutes les différences entre les deux marchés et en tenir compte en ajustant à la hausse ou à la baisse.

Après avoir délimité un marché pertinent dans le cadre d'une analyse rétrospective de la concurrence, il faut réaliser un « test de cohérence ». Tout d'abord, le marché défini doit être cohérent avec la substituabilité du côté de la demande et de l'offre. Ensuite, tous les produits compris dans le marché ainsi délimité doivent être substituables aux prix en vigueur. Et enfin, le marché délimité doit être plausible au regard des caractéristiques et des usages des produits qui le composent⁸⁰.

objectivement si une entreprise détient une position dominante sur un marché, il faut employer le prix écartant tout pouvoir de marché, c'est-à-dire un prix égal au coût marginal à long terme ou au coût différentiel moyen à long terme. Si cette distinction n'est pas très importante dans la pratique, elle implique de mener, du moins en théorie, deux définitions de marché pertinent distinctes avec deux marchés délimités distincts pour chaque affaire d'abus de position dominante au regard du droit de l'Union européenne.

⁷⁷ Bishop et Walker (2010:128) et Werden (2000).

⁷⁸ Dans le cas des fusions, ce conflit ne survient naturellement pas puisque le marché pertinent n'est défini que pour mesurer les effets de la fusion sur la concurrence. En revanche, la définition d'un marché pertinent dans les affaires relevant de l'article 102 du TFUE au regard du droit de la concurrence communautaire exige qu'un marché soit délimité afin de déterminer si la loi s'applique, sans que l'analyse des effets anticoncurrentiels n'entre en ligne de compte, comme évoqué précédemment.

⁷⁹ Voir OCDE (2012a) pour une discussion approfondie des différents concepts d'étalonnage.

⁸⁰ Bishop et Walker (2010:129f). S'il existe plusieurs marchés pertinents possibles, ce test doit être appliqué à la totalité d'entre eux.

D'un point de vue conceptuel, et malgré les difficultés pratiques, le TMH fournit le cadre adéquat pour définir le marché pertinent dans les affaires d'abus de position dominante et de monopolisation. En effet, ce test prend en compte les principales contraintes concurrentielles.

3.3 *Autres méthodes de définition du marché pertinent*

Outre le test du monopoleur hypothétique, il faut mentionner deux autres concepts de définition du marché pertinent. Le premier, le test du marché pertinent en équilibre parfait (FERM), peut être considéré comme une extension du TMH. Le second délimite les marchés en fonction des besoins des consommateurs. Il repose essentiellement sur l'interchangeabilité fonctionnelle des produits et il s'agit d'une forme classique de définition du marché pertinent employée dans la pratique juridique en Allemagne.

3.3.1 *Le test du marché pertinent en équilibre parfait (FERM)*

Le TMH défini par les Lignes directrices américaines sur les fusions suppose que les entreprises étrangères au marché cible ne réagissent pas à l'augmentation de prix du monopoleur hypothétique. Cette supposition permet de simplifier l'analyse et de se concentrer tout d'abord sur la substituabilité du côté de la demande et d'analyser ultérieurement la substituabilité au niveau de l'offre. En règle générale, les entreprises étrangères au marché cible réagissent toutefois à une augmentation de prix de la part du monopoleur hypothétique. Par conséquent, le TMH n'est pas un test d'équilibre car ces réactions ne sont pas prises en compte – il compare une situation d'équilibre avec un déséquilibre. Le test du marché pertinent en équilibre parfait (FERM) tient compte des réactions tarifaires des entreprises n'appartenant pas au marché cible⁸¹. Les prix appliqués par le monopoleur hypothétique et par les sociétés n'appartenant pas au marché cible sont des réactions mutuelles optimales, c'est-à-dire que le test FERM est un test d'équilibre qui tient compte des effets combinés du comportement à la fois du côté de la demande et du côté de l'offre. Il suppose par ailleurs que le monopoleur hypothétique optimise le bénéfice conjoint de l'ensemble des produits des entreprises sur le marché cible, ce qui autorise des augmentations de prix différentes pour les divers produits du marché cible. Le test a été appliqué au secteur des serveurs informatiques. Les marchés pertinents ainsi délimités se sont révélés être plus restreints que ceux déterminés par le TMH. En effet, les entreprises étrangères au marché cible réagissent aux augmentations de prix du monopoleur hypothétique en relevant elles aussi leurs prix, ce qui augmente la rentabilité du premier renchérissement.

D'un point de vue économique, le test FERM est un concept très attrayant car il prend en compte le comportement stratégique de l'ensemble des opérateurs. Néanmoins, son application requiert d'émettre des hypothèses sur la nature de la concurrence du marché dès le premier stade de l'analyse de la concurrence, démarche qui peut être controversée.

3.3.2 *Les marchés déterminés par les besoins des consommateurs*

Ce type de définition du marché, appelé « *Bedarfsmarktkonzept* » en allemand, est l'approche classique de la définition du marché dans la pratique juridique en Allemagne. Selon ce concept, des produits sont attribués au même marché pertinent s'ils sont interchangeables d'un point de vue fonctionnel, qu'ils sont dotés de caractéristiques physiques similaires et que leurs niveaux de prix sont comparables⁸².

⁸¹ Voir Ivaldi et Lörincz (2005) et (2011).

⁸² « Cette interchangeabilité fonctionnelle n'a pas pour objectif central et *in fine* de déterminer le pouvoir de marché. En effet, les caractéristiques des produits ne sont pertinentes que dans la mesure où elles influencent le degré de concurrence entre les biens et les régions. Par conséquent, un marché délimité sur la base de caractéristiques produit non pertinentes peut entraîner des conclusions erronées sur le pouvoir de marché des entreprises. » Camesasca et van den Bergh, (2002:158).

Ces critères ne sont cependant pas tous directement utiles pour répondre à la question centrale visée par la définition du marché pertinent : quelles sont les contraintes concurrentielles auxquelles une société est confrontée ? En effet, il n'est pas nécessaire que deux produits soient entièrement (ou largement) interchangeables d'un point de vue fonctionnel ou qu'ils soient dotés des mêmes caractéristiques physiques pour s'imposer mutuellement des contraintes concurrentielles⁸³. Ce qui importe, c'est l'effet de ces propriétés sur le comportement de substitution. Même d'importantes différences de prix n'indiquent pas formellement que les produits appartiennent à des marchés différents. Si leur qualité ou leur longévité diffère, un produit de grande qualité et doté d'une longue durée de vie peut être un proche substitut d'un bien considérablement meilleur marché mais de faible qualité et qui s'usera plus rapidement.

Bien que ce critère fournisse des indications utiles pour savoir quels produits peuvent être des substituts dans un marché pertinent défini d'une manière conforme à la pensée économique, il ne peut répondre aux questions centrales que sont le pouvoir de marché et les contraintes concurrentielles exercées sur ce pouvoir par les substituts.

3.4 Conclusion

D'un point de vue économique, le test du monopoleur hypothétique est le cadre conceptuel adéquat pour délimiter un marché pertinent lorsque cet exercice constitue la première étape d'une analyse de la concurrence. Il permet de déterminer quelles sont les contraintes concurrentielles auxquelles une société est confrontée. Si l'on dispose de données suffisantes sur le comportement de substitution des consommateurs ainsi que sur les marges bénéficiaires, le TMH peut être appliqué à l'aide d'une analyse de la perte critique. D'un point de vue conceptuel, la définition du marché pertinent est plus compliquée dans les cas de monopolisation ou d'abus de position dominante que dans les cas de fusion. En effet, dans certains pays du moins, elle a deux fonctions : d'une part déterminer si une entreprise détient une position dominante et, d'autre part, aider à évaluer les éventuels effets anticoncurrentiels. Déterminer les effets anticoncurrentiels est une tâche ardue, notamment dans les analyses rétrospectives, dans lesquelles le TMH doit être effectué initialement sur la base du prix fictif car l'utilisation du prix en vigueur peut entraîner la délimitation d'un marché trop vaste. S'il est possible de trouver des marchés comparables, les prix en vigueur sur ces marchés peuvent être utilisés en guise de prix fictifs.

Même si le TMH est effectué correctement, sa capacité à prédire les parts de marché et les mesures de concentration peut toutefois varier en fonction des types de marché. Dans la section suivante, nous étudierons des types de marché souvent rencontrés lors de l'analyse de la concurrence mais pour lesquels les parts de marché et les mesures de concentration peuvent ne pas se montrer d'une grande utilité. Dans les marchés dotés de produits différenciés au sein desquels la concurrence entre les produits est décisive, dans les marchés fonctionnant par appels d'offres où la concurrence entre les candidats est intense, dans les marchés bifaces aux effets de réseau indirects ou dans les marchés très dynamiques et innovants où la concurrence serait davantage une concurrence « pour le marché » qu'une concurrence « sur le marché », les parts de marché ne permettent de déduire que peu d'éléments, voire aucun, sur le pouvoir de marché et les effets sur la concurrence. Dans ces cas, distinguer les scénarios problématiques de ceux qui ne posent pas de problème en utilisant comme premier filtre des seuils et des zones de sécurité reposant sur les parts de marché peut entraîner une surestimation ou une sous-estimation du pouvoir de marché des entreprises et des éventuels effets sur la concurrence. On devrait, le cas échéant, envisager d'employer d'autres concepts afin d'opérer cette distinction, pour utiliser des méthodes aux prévisions plus fiables que les parts de marché. Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille abandonner l'idée de définir le marché pertinent. Comme nous l'avons déjà évoqué, la définition d'un marché pertinent a plusieurs autres fonctions importantes que de simplement refléter le pouvoir de marché.

⁸³ Ainsi, la technologie utilisée pour fabriquer des produits complètement différents peut être reconfigurée pour produire un substitut exerçant des contraintes concurrentielles.

4. Définir le marché pertinent dans certains types de marchés particuliers

La section suivante étudie certains marchés aux caractéristiques particulières et qui nécessitent d'adapter la version classique du TMH. Elle se concentre sur les marchés difficiles à délimiter ou dans lesquels, en raison de la nature de la concurrence, les parts de marché ne sont guère représentatives du pouvoir de marché⁸⁴.

4.1 *Marchés à discrimination par les prix*

Certains marchés se caractérisent par la présence de catégories de consommateurs très contrastées en termes de sensibilité aux prix, distance par rapport aux fournisseurs ou possibilité d'opter pour un substitut. De telles différences peuvent permettre au vendeur d'exercer une discrimination par les prix, c'est-à-dire d'appliquer des marges différentes aux divers groupes d'acheteurs, ce dont il faut tenir compte lorsque l'on effectue le TMH. Si un monopoleur hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice pouvait augmenter le prix appliqué à un groupe particulier de consommateurs entre 5 % et 10 % et maintenir ce prix pendant une période considérable, le marché pertinent devrait alors être délimité non seulement par les produits et les régions, mais aussi par le groupe de consommateurs en question⁸⁵. Une telle discrimination par les prix n'est toutefois possible que si plusieurs conditions sont réunies. Tout d'abord, il doit être impossible de changer de groupe d'acheteurs, faute de quoi la discrimination par les prix serait impossible. Par ailleurs, le monopoleur hypothétique doit être capable d'identifier les divers groupes de consommateurs, la différence de prix entre ces groupes doit être importante et ces groupes doivent comporter de nombreux membres. Dans ces cas, le TMH doit être appliqué en tenant compte non seulement du produit mais aussi du groupe de consommateurs ciblé.

La discrimination par les prix peut également soulever des problèmes dans la délimitation géographique du marché si le monopoleur hypothétique est en mesure de facturer des prix différents selon la localisation des consommateurs. Dans ce cas, le marché géographique doit être délimité en fonction de cette localisation⁸⁶.

Dans la pratique, il est souvent difficile d'établir si ces conditions sont réunies, et notamment si le monopoleur hypothétique est en mesure d'identifier les divers groupes. Néanmoins, si le bien en question fait souvent l'objet d'une discrimination par les prix, il est fort probable qu'un monopoleur hypothétique se livrerait lui aussi à cette pratique. Dans ces cas, il faut tenir compte des divers groupes d'acheteurs soumis à une discrimination par les prix lors de la définition du marché pertinent⁸⁷.

⁸⁴ Pour des raisons analytiques, chacune de ces caractéristiques est traitée séparément. Dans la pratique toutefois, il est possible que diverses caractéristiques cohabitent, comme c'est le cas dans des marchés comportant de nombreux produits différenciés vendus à divers groupes de consommateurs à des prix différents.

⁸⁵ Voir par exemple Geroski et Griffith (2003:9), Werden (1983:529) ou Werden (1984:662).

⁸⁶ Le TMH employé dans ce cas est décrit comme suit dans les Lignes directrices américaines sur les fusions : « Afin d'appliquer le test du monopoleur hypothétique, il faut qu'une société hypothétique cherchant à optimiser son bénéfice soit le seul vendeur actuel ou futur du ou des produits pertinents à des consommateurs dans la région et impose au moins une SSNIP à certains consommateurs de ladite région. Une région forme un marché géographique pertinent si cette augmentation de prix ne peut être contrecarrée en substituant aux produits pertinents un autre produit, ou par un comportement d'arbitrage de la part des consommateurs, qui quittent alors la région concernée pour acheter le produit en cause. » (Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales, section 3).

⁸⁷ Maisel, (1983:55-57). S'il y a effectivement discrimination par les prix, il peut cependant se révéler difficile dans la pratique de délimiter le marché pertinent. (Hausman et al. (1996)).

4.2 *Marchés des pièces de rechange*

Il peut être plus compliqué de définir le marché pertinent lorsque les produits ne sont utilisés que conjointement à d'autres biens, comme c'est le cas des cartouches d'imprimantes ou des pièces détachées automobiles. De manière générale, le consommateur achète un produit primaire, tel qu'une voiture ou une imprimante, et achète par la suite un autre bien secondaire sans lequel le premier est totalement ou quasiment inutilisable. Les produits primaire et secondaire sont donc complémentaires et forment un ensemble qui ne fonctionne correctement qu'en présence des deux produits⁸⁸. Il convient de noter que les problèmes propres au marché des pièces de rechange surviennent également dans les relations franchiseur-franchisé, dans lesquelles le produit primaire est la franchise ou le label connexe⁸⁹. Bien souvent, un consommateur qui a acheté un certain produit primaire voit son choix très limité lorsqu'il s'agit d'acheter un produit secondaire. Cela peut se produire pour des raisons de compatibilité, de caractéristiques techniques ou de droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, seules certaines cartouches seront compatibles avec un type d'imprimante particulier. Les consommateurs sont donc « captifs ». Il se pose alors la question de savoir si les marchés du produit primaire et du produit secondaire peuvent être délimités séparément ou si un marché combiné se constituant des deux produits complémentaires – autrement dit un « marché d'ensembles » – doit être envisagé. Dans bien des cas, le producteur du bien primaire compte également au nombre des très rares fournisseurs, voire est l'unique fournisseur, d'un bien secondaire commercialisé sous la marque déposée du produit primaire, si la concurrence d'autres produits secondaires est écartée. Par conséquent, si le marché du bien secondaire, que l'on appelle le marché des pièces de rechange, était défini séparément comme marché pertinent, les parts de marché déterminées seraient importantes et impliqueraient à première vue un pouvoir de marché⁹⁰.

Même lorsque la part de marché est égale à 100 %, on peut toutefois se demander si elle est un signe indiscutable de pouvoir sur le marché des pièces de rechange. La capacité du fournisseur d'un produit secondaire à tirer parti de la captivité des consommateurs sur le marché des pièces de rechange en appliquant un prix largement supérieur au niveau concurrentiel atteste de son pouvoir de marché. Elle dépend toutefois des contraintes concurrentielles auxquelles le fournisseur du produit primaire lui-même est confronté. Un consommateur rationnel⁹¹ tiendra compte du coût du produit secondaire dans l'achat du produit primaire, notamment si le prix du produit secondaire représente une part importante du coût total de l'ensemble, ou si le produit secondaire doit être remplacé fréquemment. Les deux produits étant complémentaires, augmenter le prix du produit secondaire fait diminuer la demande du produit primaire qui lui est lié si les consommateurs disposent d'un choix de substituts suffisamment vaste, c'est-à-dire si les contraintes concurrentielles qui s'exercent sur le producteur du produit primaire sont fortes. Ainsi, si le choix du produit primaire par les consommateurs dépend également du prix du bien secondaire et qu'une hausse de ce prix inciterait les acheteurs à opter pour un bien primaire différent, le vendeur n'augmentera pas le prix du produit secondaire. Dans ce cas, le fabricant du produit primaire ne peut exercer de pouvoir sur le marché des pièces de rechange et il n'existe pas de marché pertinent distinct pour le bien secondaire.

⁸⁸ Bauer (2006) ; Hovenkamp (1993).

⁸⁹ Klein (1999).

⁹⁰ Voir par exemple Motta, (2004:111-113), Shapiro, (1995) ou Shapiro et Teece, (1994).

⁹¹ Cette hypothèse de rationalité est cruciale pour les arguments qui vont suivre et les ouvrages d'économie comportementale, y compris ceux traitant des caractéristiques « masquées », sont de plus en plus nombreux à remettre en question sa véracité empirique, avec les répercussions que l'on peut imaginer sur les conclusions tirées ici. Voir par exemple Gabaix et Laibson (2006) ou Heidhues et al. (2012).

Par conséquent, les produits primaire et secondaire doivent être considérés comme un ensemble et le TMH doit être appliqué à l'ensemble et non pas séparément aux produits primaire et secondaire⁹².

La situation est différente s'il existe, pour chaque produit primaire, plusieurs produits secondaires disponibles qui sont incompatibles avec les autres produits primaires. Dans ce cas, le TMH doit être appliqué aux produits primaires et séparément à chaque groupe de produits secondaires compatibles avec chaque produit primaire. Dans une telle situation, le fabricant du produit primaire pourrait exercer un pouvoir sur le marché des pièces de rechange selon les contraintes concurrentielles auxquelles il est confronté pour le produit primaire.

Un marché d'ensemble peut également ne pas être la solution la plus appropriée s'il existe plusieurs produits primaires et secondaires et que ces derniers sont compatibles avec tous les premiers. Dans ce cas, les consommateurs pourraient choisir n'importe quelle combinaison de produits primaire et secondaire. Le fournisseur du produit primaire n'a en général aucun pouvoir sur le marché des pièces de rechange et l'on peut partir du principe que les marchés sont distincts pour les deux types de produits.

En cas de discrimination par les prix et sur les marchés des pièces de rechange, le test du monopoleur hypothétique peut être employé pratiquement de la même manière que dans les cas classiques. Ce n'est toutefois pas le cas pour les marchés dotés de produits différenciés, qui peuvent poser d'importants problèmes.

4.3 *Marchés groupés*

Dans les publications, les marchés sur lesquels la demande ou l'offre se portent conjointement sur plusieurs produits sont appelés marchés groupés. Ces marchés se caractérisent par des complémentarités, au niveau de la transaction, entre les différentes composantes d'un lot de produits ou services⁹³. Il existe de telles complémentarités lorsque, pour un consommateur, les coûts de transaction sont moins élevés s'il achète plusieurs produits auprès d'une entreprise que chaque produit à différentes entreprises. Autrement dit, la disposition du consommateur à payer les produits sera d'autant plus forte qu'il les achète par lot au lieu d'acquérir chacun d'eux séparément. Ces complémentarités au niveau de la transaction peuvent être interprétées comme des économies de gamme du côté de la demande qui sont avantageuses pour les consommateurs (et non pour les producteurs). Elles supposent qu'il existe une demande pour les lots de biens ou services de la part des consommateurs. Cet effet est encore renforcé par les économies de gamme du côté de l'offre, lorsqu'il est rationnel pour une entreprise de produire des biens ou services conjointement et non séparément⁹⁴. Concernant la définition du marché, l'unité pertinente est donc le lot de biens ou de services faisant l'objet de la demande des consommateurs et de l'offre des producteurs. Les éléments composant le lot peuvent être des substituts aussi bien que des compléments⁹⁵.

Dans la pratique, la notion de marché groupé s'applique à toutes sortes de marchés aux États-Unis et en Europe, (services hospitaliers, produits comestibles, produits et services bancaires et de télécommunication, etc.). Le fait qu'il y ait une demande et une offre de biens et services commercialisés par lots sur un marché n'a toutefois pas d'incidence sur le principe fondamental de la définition du marché.

⁹² Si les consommateurs ne tiennent pas totalement compte des coûts futurs engendrés par le produit secondaire ou si un vaste groupe de consommateurs doit faire face à des coûts de transfert élevés pour adopter un ensemble différent, il est possible qu'un pouvoir s'exerce sur le marché secondaire et l'on pourrait envisager un marché des pièces de rechange distinct.

⁹³ Ayres (1985).

⁹⁴ Boadwee (1986).

⁹⁵ Ayres (1985), 111.

Dans ce contexte, la notion de substituabilité ou d'échangeabilité s'applique aux lots et non aux éléments distincts qui les composent lorsqu'un lot de produits ou services sert de premier marché cible⁹⁶.

Une définition du marché reposant sur l'un des éléments isolé du lot, faisant abstraction des complémentarités au niveau de la transaction, serait trop restrictive. Si le prix d'un élément augmente alors que celui des autres composants du lot reste le même, les consommateurs ne les délaisseront pas pour leur préférer des substituts. Autrement dit, l'élasticité-prix de la demande pour chacun des éléments du lot est moindre que celle de la demande concernant le lot en tant que tel. Cela s'explique par le fait que les consommateurs tiennent compte de l'effet de la hausse du prix de l'un des éléments sur le prix total du lot. Si le prix de ce composant ne représente qu'une petite fraction du prix total, cette hausse de prix n'entraînera pas de recul considérable de la demande. En raison de la légère réduction de la demande, on peut s'attendre à ce qu'il n'y ait pas d'autres solutions disponibles pour les consommateurs et un marché distinct sera défini pour le composant en question. Si l'on tenait compte d'autres composants du lot, l'élasticité-prix de la demande serait accrue du fait que d'autres lots deviendraient plus attrayants. Sans complémentarités au niveau de la transaction, l'élasticité-prix de la demande diminuerait à mesure que le nombre de produits croîtrait. Un exercice de définition du marché faisant abstraction des complémentarités au niveau de la transaction pourrait donc aboutir à des marchés excessivement étroits.

La notion de marchés groupés a été critiquée du fait que les lots sont composés de biens et de services entre lesquels il n'y a pas de substituabilité de l'offre ou de la demande. Les marchés groupés pourraient donc tout simplement être utilisés pour simplifier l'analyse. Il n'y aurait donc plus qu'à définir un petit nombre de marchés distincts, regroupant des services de santé ou bancaires par exemple, à condition que les parts de marché et les conditions d'entrée soient les mêmes ou si, faute de données disponibles, on utilisait par exemple le nombre de lits d'hôpitaux pour définir le marché. L'utilisation des marchés groupés peut cependant aboutir à une définition lacunaire du marché si la concurrence entre les fabricants d'une partie des produits restreint la fourchette des prix éventuels proposés aux fournisseurs du lot⁹⁷.

4.4 Marchés de produits différenciés

La différenciation des produits prend généralement deux formes distinctes. Le premier type de différenciation porte sur les attributs du produit comme le design, la couleur, la marque, ou toute autre caractéristique particulière pouvant répondre aux goûts et préférences variés des consommateurs. Les produits différenciés sur ces plans sont généralement très nombreux et couvrent un vaste éventail d'attributs et de prix sans qu'il y ait de rupture évidente dans la chaîne de substitution. Le second type de différenciation porte sur la localisation du produit ou du service. C'est important notamment dans la distribution, les cinémas, les stations-service ou les hôpitaux⁹⁸. Selon sa localisation, l'attribut et le prix du produit, le consommateur peut choisir entre différents fournisseurs, avec des coûts de transport variables⁹⁹.

Des produits différenciés peuvent entraîner deux problèmes dans la définition du marché pertinent. Le premier porte sur la continuité de la chaîne de substitution s'il n'existe aucune rupture évidente ou distinction marquée entre les produits, ou si la répartition géographique des fournisseurs est dense et équilibrée. Il est alors plus difficile de délimiter le marché à l'aide du TMH. Dans ces cas, les frontières

⁹⁶ Briglauer (2007), 328, Gual (2003), 44.

⁹⁷ Baker (2007).

⁹⁸ Au sujet des hôpitaux et de l'importance des coûts de transport dans l'analyse de la concurrence hospitalière, voir OCDE (2012b).

⁹⁹ En l'espèce, il n'est pas utile de distinguer entre les frais encourus pour se rendre à un hôpital plus lointain et les frais d'expédition d'un bien.

des marchés seront généralement vastes et les parts de marché par conséquent petites, ce qui entraîne une sous-estimation du pouvoir de marché¹⁰⁰.

Le second problème relève de la nature binaire de l'exercice de délimitation du marché. Les produits sont en effet répartis en deux catégories : les produits « dans » le marché et ceux « hors » du marché. Cette répartition implique que tous les rivaux du marché soient des concurrents efficaces qui proposent des substituts parfaits, tandis que ceux hors du marché n'imposent aucune contrainte concurrentielle quelle qu'elle soit aux produits du marché pertinent.¹⁰¹ Une telle approche surestimera l'impact des substituts imparfaits sur le marché pertinent et sous-estimera les contraintes concurrentielles imposées par les substituts imparfaits hors du marché pertinent. L'approche reposant sur la délimitation du marché / les parts de marché évalue les contraintes concurrentielles qu'un produit exerce sur les autres dans le marché cible à travers la taille de la part de marché et non pas l'intensité de la concurrence. Il s'agit d'un étalon acceptable si les parts de marché reflètent au moins un tant soit peu l'intensité ou la proximité de la concurrence.

L'intensité de la concurrence entre deux produits, le produit A et le produit B, dépend du ratio de diversion entre eux. Puisque les parts de marché révèlent quel est le premier choix en matière de produits dans un marché aux produits différenciés, la part de marché du produit A indique la part des consommateurs qui préfèrent A à tous les autres produits du marché pertinent. Le ratio de diversion avec le produit B indique combien de consommateurs opteraient pour B si le prix de A augmentait. Il s'agit des consommateurs pour lesquels B serait le second choix. Par exemple, un ratio de diversion de 33 % avec le produit B implique qu'un tiers des ventes du produit A perdues par suite d'une augmentation de prix se reporte sur le produit B. Plus le ratio de diversion est élevé, plus la concurrence entre les deux produits est intense. Dans un marché aux produits différenciés, les parts de marché ne sont donc un indicateur de l'intensité de la concurrence que si elles sont proportionnelles au ratio de diversion. Comme l'a démontré Willig (1991), cela n'est toutefois vrai qu'à la condition que tous les produits du marché pertinent soient « tous autant différenciés ».¹⁰²

Il s'agit bien entendu d'une hypothèse inadéquate dans bien des cas. De manière générale, un marché pertinent comprendra des substituts proches et d'autres plus éloignés, c'est-à-dire des produits se faisant plus ou moins concurrence, quelles que soient les parts de marché. Par conséquent, les effets d'une fusion dépendront généralement davantage de la proximité des produits des parties à la fusion que de leurs parts de marché respectives.

4.4.1 Effets unilatéraux dans les marchés de produits différenciés

En règle générale, les effets unilatéraux peuvent prendre la forme d'une variation des quantités et des prix dans un secteur oligopolistique due à la perte de concurrence entre des sociétés ayant fusionné. Ces

¹⁰⁰ Werden (1997:368).

¹⁰¹ Les ratios de diversion peuvent être considérés comme une approche à variables continues à cet égard, tandis que la définition du marché pertinent emploie une approximation basée sur une fonction caractéristique simple ne pouvant prendre que la valeur 1 (dans le marché) ou 0 (hors du marché). Une fonction caractéristique plus générale pourrait pondérer les parts de marché selon leur impact sur la concurrence. Employer des fonctions caractéristiques plus générales permettrait de répondre à l'idée d'Evans (2010) d'employer « des frontières de marché souples » pour délimiter le marché. D'un point de vue formel, les marchés deviendraient des « ensembles flous ». Au sujet de l'application de la théorie des ensembles flous au droit de la concurrence et à la définition du marché pertinent, voir Mansur (1995:164).

¹⁰² Il est possible de montrer que cela est vrai si l'ordre de préférence entre deux biens ne dépend pas de la présence d'un troisième produit, c'est-à-dire si l'hypothèse d'indépendance des alternatives non pertinentes est vérifiée. Voir Hausman (2010).

effets peuvent se produire dans différents types de marchés, que la concurrence s'exerce sur les quantités ou les capacités de production, ou que les marchés fonctionnent par appels d'offres. Ils sont davantage prononcés dans les marchés aux produits différenciés et où la concurrence s'exerce sur les prix.

Les effets unilatéraux dans ces marchés peuvent s'expliquer comme suit. Soit un marché aux produits différenciés comportant n sociétés produisant un seul bien à un coût marginal constant de c_i . À partir de la condition du premier ordre d'optimisation du bénéfice, la condition de Lerner donne $(p_i - c_i)/p_i = 1/\varepsilon_i$ pour toutes les sociétés du marché, où ε_i désigne l'élasticité-prix de la fonction de la demande pour la société i .

Une fusion entre les sociétés 1 et 2 modifie toutefois le problème d'optimisation du bénéfice pour ces entreprises. Avant la fusion, elles fixent leurs prix indépendamment, sans tenir compte de l'externalité positive qu'une augmentation de prix par la société 1 aurait sur la société 2 – puisqu'une partie de la demande perdue par la société 1 en raison de l'augmentation de prix se reporte sur la société 2. Le même raisonnement s'applique à la société 2. Après la fusion, la contrainte concurrentielle que le produit de chaque société exerçait sur l'autre n'existe plus et les deux entités peuvent internaliser cette externalité. Lorsqu'elles déterminent leurs prix d'optimisation du bénéfice après la fusion, elles tiennent compte du fait qu'une partie de la demande perdue par l'une des sociétés est récupérée par l'autre. Avant la fusion, une augmentation du prix du produit p_1 de Δp_1 entraînerait, pour la société 1, une perte de bénéfice de $(p_1 - c_1)\Delta Q_1$, où ΔQ_1 désigne la baisse des ventes de la société 1, en volumes. Après la fusion, la perte est moindre car certains des consommateurs du produit 1 se reporteront sur le produit de la société 2, ce qui augmentera le bénéfice de cette dernière de $\Delta Q_2(p_2 - c_2)$ (la demande supplémentaire désignée par ΔQ_2 , multipliée par la marge bénéficiaire de la société 2 $(p_2 - c_2)$). Avant la fusion, le prix de la société a été déterminé de manière optimale compte tenu du fait qu'aucune perte de bénéfice n'était récupérée. Puisqu'une part du bénéfice peut être récupérée après la fusion, la société 1 a intérêt à augmenter son prix. Le même raisonnement s'applique à la société 2. Ainsi, après la fusion, la nouvelle entité optera pour les prix optimisant le bénéfice, ce qui entraînera une augmentation du prix de chacun des produits. Ceci est vrai pour toutes les fusions de sociétés ayant un pouvoir de détermination des prix sur les marchés de produits différenciés. Par conséquent, la fusion de producteurs de substituts plus éloignés peut également porter préjudice à la concurrence.¹⁰³ Le degré d'incitation à accroître les prix est toutefois positivement corrélé au montant des ventes reportées sur l'autre produit et aux marges bénéficiaires des sociétés 1 et 2. Plus les ratios de diversion et les marges bénéficiaires sont élevés, plus la motivation est forte.¹⁰⁴

Ce type d'analyse des effets unilatéraux n'est pas une analyse d'équilibre car elle ne prend pas en compte les réactions tarifaires des sociétés étrangères à la fusion sur le marché pertinent.¹⁰⁵ Les prix étant des compléments stratégiques dans une concurrence à la Bertrand avec des produits différenciés, si l'entité issue de la fusion les a augmentés, les entreprises sont incitées à faire de même, mais dans une moindre

¹⁰³ Étant donné que, dans un marché de produits différenciés à la Bertrand, les prix sont des compléments stratégiques, c'est-à-dire que les fonctions de réaction optimale des sociétés présentent une pente positive, la meilleure réaction à une augmentation de prix est d'accroître également son prix.

¹⁰⁴ Il en va de même pour les produits géographiquement différenciés, la demande des consommateurs se reportant alors d'un lieu sur un autre. Ces ratios de diversion sont déterminés à partir du temps de trajet et du coût du transport.

¹⁰⁵ Bien entendu, les sociétés étrangères à la fusion aussi bien que celles qui sont concernées pourraient réagir non seulement en modifiant leurs prix mais aussi en repositionnant leurs produits. Ou bien encore, l'augmentation de prix pourrait attirer un nouveau venu sur le marché. Le repositionnement et l'entrée d'un nouveau venu sur le marché étant généralement analysés une fois le marché pertinent défini, ils ne seront pas étudiés ici. Au sujet de la dérivation intuitive de l'équilibre des prix avant et après une fusion ramenant le nombre d'opérateurs de 3 à 2 avec des produits différenciés horizontalement (mais de manière égale) dans un marché à la Bertrand, voir Maier-Rigaud et Parplies (2009).

mesure. À son tour, la société issue de la fusion est alors incitée à relever encore légèrement ses prix et un effet boule de neige s'enclenche. Ainsi, l'analyse des effets unilatéraux a tendance à sous-estimer la motivation à accroître les prix.¹⁰⁶

Comme l'a montré la description des effets unilatéraux dans un marché en concurrence sur les prix, la proximité des produits substituables mesurée par les ratios de diversion peut être un facteur de motivation plus important pour accroître les prix, et donc davantage déterminer les effets des fusions sur la concurrence que la taille de la part de marché des sociétés.

Si l'on savait que les ratios de diversion entre les produits des sociétés fusionnant sont proportionnels aux parts de marché, il serait alors possible de déduire les effets unilatéraux à partir de la part de marché des parties à la fusion et de la variation de l'IHH due à la fusion¹⁰⁷.

Comme cela a été démontré par Baker, dans les marchés fortement concentrés, des ratios de diversion reposant sur les parts de marché n'entraîneront généralement pas de divergence notable par rapport aux effets estimés d'une fusion sur les prix. « En d'autres termes, les erreurs de mesure entraînées par l'utilisation des parts de marché comme reflet approximatif des ratios de diversion ont peu de chances d'être suffisamment importantes pour remettre en cause la plausibilité de l'inférence selon laquelle les prix augmenteront notablement après la fusion lorsque les parts de marché sont aussi élevées, dès lors qu'aucune information supplémentaire ne montre que les clients délaissant l'une des parties à la fusion ne reporteraient que rarement leur demande sur le produit vendu par l'autre société. »¹⁰⁸

Ainsi, les parts de marché ainsi que le niveau et la variation de la concentration ne peuvent être utilisés pour refléter de manière approximative les effets concurrentiels d'une fusion dans les marchés où la concurrence s'exerce sur les prix et où les biens sont différenciés que si les ratios de diversion sont proportionnels aux parts de marché ou dans la mesure où le marché est concentré et les parties à la fusion détiennent des parts de marché importantes¹⁰⁹. Mais des effets unilatéraux peuvent également se produire dans des marchés moins concentrés lorsque les parties à la fusion sont de proches concurrents. Dans ces cas, les parts de marché et la variation du degré de concentration résultant de la fusion ne sont souvent pas des indicateurs fiables des effets concurrentiels. Dans de tels marchés, deux fusions entraînant la même variation de l'IHH peuvent entraîner des effets unilatéraux d'ampleur bien différente selon l'intensité de la concurrence entre les parties à la fusion. Par conséquent, avoir des informations sur les ratios de diversion qui éclairent sur la concurrence entre les sociétés pour analyser les effets sur la concurrence est plus

¹⁰⁶ Afin d'analyser la manière dont l'équilibre du secteur est modifié en tenant compte des réactions tarifaires des sociétés étrangères à la fusion, il est possible d'employer des modèles de simulation de fusion qui prennent également ces effets en considération.

¹⁰⁷ Dans ce cas, le ratio de diversion entre les produits 1 et 2 est proportionnel à $s_2/(1 - s_1)$, où s_1 et s_2 denote désignent les parts de marché des produits respectifs. Lorsque la valeur de s_1 est faible, $s_2(1 + s_1)$ peut donner un résultat approchant. Pour le ratio de diversion entre les produits 2 et 1, le résultat analogue est $s_1(1 + s_2)$. L'addition des deux expressions donne $s_1 + s_2 + 2s_1s_2$, la somme des parts de marché et de la variation de l'IHH, c'est-à-dire le niveau de l'IHH après la fusion. Voir Shapiro (2010:721). La simulation de Monte Carlo appliquée aux fusions à l'aide du modèle ALM (*Antitrust Logit Model*) dans lequel l'indépendance des alternatives non pertinentes est établie et les ratios de diversion sont proportionnels aux parts de marché ont montré que la hausse de l'IHH permet bien mieux de prédire les effets d'une fusion sur les prix et le bien-être que la part de marché cumulée des entreprises parties à la fusion ou le niveau de l'IHH après la fusion. Voir Werden et Froeb (1996:75f.)

¹⁰⁸ Baker (2010:23).

¹⁰⁹ Bien entendu, ceci présuppose que le marché ait été correctement délimité.

important que de détenir des informations sur les parts de marché ou la variation du degré de concentration¹¹⁰.

4.4.2 Effets unilatéraux dans les marchés où la concurrence s'exerce sur les volumes ou les capacités

Des effets unilatéraux peuvent également se produire dans des marchés où les sociétés produisent des biens homogènes et sont en concurrence sur les volumes, comme c'est le cas dans les secteurs du verre, du ciment ou de l'acier. Si deux sociétés d'un tel marché fusionnent, cela éliminera toute concurrence entre elles. Avant la fusion, aucune des deux sociétés n'aura tenu compte de l'externalité positive qu'une réduction de volume entraînerait pour l'autre société. Une réduction de volume par la société 1 augmente le prix de marché du bien et donc le bénéfice de la société 2, et *vice versa*. La fusion va intégrer ces externalités dans la sphère interne. La nouvelle entité issue de la fusion va donc produire une quantité inférieure à celle d'avant l'opération, ce qui fera augmenter le prix de marché.

Les sociétés étrangères à la fusion réagiront à la réduction de volume des parties à la fusion en augmentant leur production, mais dans une moindre mesure, car les quantités sont des substituts stratégiques¹¹¹. La société issue de la fusion sera alors incitée à réduire de nouveau ces quantités et l'on assistera à un effet boule de neige. Par conséquent, ne tenir compte que de la diminution des volumes de la nouvelle entité reviendrait à surestimer les effets de la fusion sur la concurrence car cela ne tient pas compte de la compensation partielle des volumes de production par les sociétés étrangères à la fusion. Ainsi, mesurer le renforcement de la concentration à l'aune de la variation de l'IHH ($2s_1s_2$) surestime la taille de la société issue de la fusion et ne saurait être qu'une approximation¹¹². Comme on l'a vu à la section 2.3, lorsque l'on a affaire à une concurrence à la Cournot (sur les quantités) avec des produits homogènes, les effets des fusions dépendent des parts de marché, du niveau de concentration et de la variation de cette concentration mesurée par l'IHH¹¹³.

Une analyse similaire s'appliquerait également lorsque le jeu de la concurrence se déroule en deux temps, le premier consistant pour les sociétés à choisir leurs capacités de production et le deuxième à se concurrencer sur les prix. Il a été montré que cette situation équivaut à un modèle de Cournot avec concurrence sur les quantités car les sociétés, lorsqu'elles déterminent leurs capacités, anticipent le fait qu'elles vont se concurrencer sur les prix et choisiront donc des capacités qui seront par la suite pleinement utilisées¹¹⁴. L'analyse ci-dessus s'applique donc également aux cas dans lesquels les capacités sont déterminées dans un premier temps et la concurrence s'exerce ensuite sur les prix.

¹¹⁰ Baker (2010:24f.).

¹¹¹ Bien entendu, cette réaction ne peut se produire que si la capacité de production des sociétés n'est pas limitée. L'expression « substituts stratégiques » implique qu'un changement dans une variable de décision d'une société, comme les volumes par exemple, entraîne une réaction inverse de la part des autres sociétés sur la même variable. En d'autres termes, les fonctions de réaction optimum des sociétés présentent une pente négative. Dans le cas des compléments stratégiques, le changement a la même direction, c'est-à-dire qu'une augmentation de prix de la part d'une société permettra aux autres d'augmenter également leur prix. En d'autres termes, les fonctions de réaction optimum présentent une pente positive.

¹¹² Voir Farrell et Shapiro (1990). Cela étant, comme le montre Werden (1991), ce problème ne se poserait pas si les parts de marché étaient calculées en fonction des capacités et non de la production car les capacités ne sont pas ajustées après une fusion, du moins à court terme.

¹¹³ Cela a également été mis en évidence par Froeb et Werden (2011:6).

¹¹⁴ Voir Kreps et Scheinkman (1983) – d'autres conditions, comme un rationnement optimal, doivent être réunies pour que ce résultat se vérifie. Voir à ce sujet Davidson et Deneckere (1986) et Osborne et Pitchik (1986).

Par conséquent, lorsque la concurrence s'exerce sur les volumes ou les capacités, le marché pertinent et les mesures de concentration sont des outils utiles car il existe une relation manifeste entre ces indices, le pouvoir de marché et l'évolution du pouvoir.

4.5 *Marchés fonctionnant par appels d'offres*

Les marchés fonctionnant par appels d'offres peuvent prendre des formes très diverses. L'un des points communs est que les sociétés se font concurrence en soumettant une offre en réponse à un appel d'offres des acheteurs. Délimiter un marché pertinent dans cette situation à l'aide du TMH peut entraîner certains problèmes conceptuels :

« Définir un marché pertinent à l'aide du test SSNIP (test de l'augmentation légère mais significative et non transitoire du prix) peut parfois se révéler difficile lorsque les marchés fonctionnent par appels d'offres, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le prix peut être différent pour chaque contrat. Il en va de même pour tout autre marché sur lequel les prix sont définis au cas par cas pour chaque contrat. Ensuite, il n'existe pas de prix tout désigné auquel ajouter la SSNIP puisque la concurrence est simultanée plutôt que séquentielle. Malgré ces difficultés, la notion de substituabilité qui sous-tend le test SSNIP peut être employée pour délimiter le marché pertinent. Les facteurs non tarifaires peuvent aider à déterminer le degré de substituabilité à la fois du côté de la demande et du côté de l'offre. Ces facteurs peuvent comprendre les caractéristiques et usages particuliers des produits, des installations ou des procédures de production particulières, des acheteurs distincts, la spécialisation des vendeurs et les points de vue des acteurs du secteur. »¹¹⁵

Afin de déterminer à quelles contraintes concurrentielles un monopoleur hypothétique est confronté, il faut davantage mettre l'accent sur l'identification des opérateurs de marché (potentiels), c'est-à-dire des fournisseurs qui ont la capacité de se faire concurrence pour remporter le contrat et qui peuvent prendre part à de futurs appels d'offres.

Il existe un vaste éventail de marchés fonctionnant par appels d'offres et ces derniers couvrent toute une variété de situations possibles. Dans sa forme la plus pure, un marché fonctionnant par appels d'offres présente selon Klemperer (2008:586) quatre caractéristiques. Tout d'abord, seul le premier l'emporte dans ce type de concurrence. Aucune fonction lissée de la demande n'a donc cours : il n'existe aucun lien entre le prix et la quantité. Ensuite, la concurrence est concentrée car les appels d'offres représentent un montant non négligeable au regard du chiffre d'affaires total de toute société. Troisièmement, la compétition reprend au point de départ à chaque contrat et pour chaque client. Et enfin, il est facile d'entrer sur le marché.

Dans ce cas, un marché fonctionnant par appels d'offres se rapproche d'un marché parfaitement contestable et peut se caractériser par une concurrence statique à la Bertrand avec un produit homogène. En l'espèce, les parts de marché *ex post* n'ont aucun lien particulier avec le pouvoir de marché. Une part de marché *ex post* de 100 % et un degré élevé de concentration dans un marché parfait fonctionnant par appels d'offres ne sont généralement pas révélateurs de contraintes concurrentielles durant la procédure d'appel d'offres. La part de marché n'est donc qu'un indicateur peu fiable du pouvoir de marché et, même lorsqu'elle est importante, elle n'est pas nécessairement indicative d'une position dominante.

La plupart des marchés fonctionnant par appels d'offres diffèrent toutefois de ce marché idéal ou pur sur un point, voire à tous les égards, si bien que cet argument n'est généralement pas valable. Lors d'adjudications multiples, il est possible d'avoir plusieurs vainqueurs ainsi qu'une relation négative entre

¹¹⁵ OCDE (2006:8).

la quantité et le prix, comme c'est le cas dans l'adjudication d'électricité ou de titres financiers. Le nombre de soumissionnaires peut également avoir une incidence sur le prix¹¹⁶. L'hypothèse d'indépendance entre les appels d'offres ne se vérifie souvent pas car remporter l'un d'entre eux peut avoir une incidence sur la probabilité de remporter un second appel d'offres, notamment lorsqu'une entreprise en place détient un avantage concurrentiel par rapport aux autres soumissionnaires. Lorsque c'est le cas, une vaste part de marché peut révéler un pouvoir de marché. Enfin, l'entrée sur le marché peut être difficile car se porter candidat pour remporter un gros contrat peut, par exemple, nécessiter des investissements importants ; un nouveau venu de faible envergure peut ne pas être attrayant s'il est en concurrence avec de grands opérateurs ou encore les effets de réputation peuvent jouer un rôle décisif.

Si toutes les conditions d'un marché d'appels d'offres parfait ou pur ne sont pas réunies sans exception, ces marchés peuvent ne pas être bien différents des marchés ordinaires, auquel cas l'analyse de la concurrence ne nécessite aucune adaptation. Dans un marché où les appels d'offres sont fréquents et similaires, où les entreprises cherchent à remporter des contrats d'approvisionnement d'un certain produit, la relation entre l'offre moyenne qui remporte le contrat et le nombre de candidats à l'appel d'offres sur le marché peut être analysée. Si l'offre moyenne retenue est une fonction décroissante du nombre de soumissionnaires, le degré de concentration peut être considéré comme un indicateur du niveau de concurrence sur le marché. Si le marché compte trois ou quatre soumissionnaires, l'arrivée d'autres participants peut toutefois se révéler sans incidence sur l'offre moyenne retenue. Il est alors possible qu'un petit nombre de candidats suffise à assurer un équilibre concurrentiel et que les parts de marché ainsi que le degré de concentration ne jouent qu'un rôle anecdotique dans l'évaluation du degré de concurrence sur le marché. S'il n'existe qu'un petit nombre de soumissionnaires (de taille semblable), on peut se soucier d'éventuels effets coordonnés.

Un autre aspect important des marchés d'appels d'offres est la proximité ou l'intensité de la concurrence entre les soumissionnaires, ce qui se rapproche de la concurrence sur les marchés de produits différenciés. Comme l'énonce Shapiro (2011:734) : « Pour voir le lien, imaginons une situation dans laquelle des fournisseurs soumettent des offres sous enveloppe cachetée pour remporter une affaire donnée. Le client choisit l'offre la plus intéressante au regard du prix, des autres conditions régissant la prestation et des différences entre les fournisseurs en matière de produits et services, de réputation, etc. D'un point de vue économique formel, cette situation est très semblable à celle que nous venons d'évoquer, dans laquelle les fournisseurs déterminent des prix et chacun des nombreux clients choisit son produit préféré. Lorsqu'il y a appel d'offres, chaque fournisseur tente d'évaluer les chances qu'a son offre de remporter l'affaire. Dans le cadre des produits de consommation, chaque fournisseur tente d'évaluer la relation entre son prix et le nombre de consommateurs qui opteront pour son produit. »

Il existe en outre d'importantes différences entre les marchés d'appels d'offres et les marchés de produits différenciés. Si, sur ces derniers, un seul prix est appliqué à chaque produit, on prend pour postulat, dans les modèles d'appel d'offres, qu'un prix est appliqué à chaque produit et à chaque adjudication. Cette différence peut être importante dans la mesure où les fusions réalisées sur les marchés d'appels d'offres n'ont généralement pas d'effets sur la production¹¹⁷.

Afin d'évaluer l'intensité de la concurrence entre les soumissionnaires ainsi que les contraintes concurrentielles exercées sur une entreprise par les autres fournisseurs, il est possible d'avoir recours à une analyse des gains / pertes ou à une analyse fréquentielle. Si l'analyse montre que les deux fournisseurs sont souvent en concurrence dans des appels d'offres similaires mais n'ont jamais présenté la première ou la

¹¹⁶ Gupta (2002).

¹¹⁷ Voir Werden (2006). Comme l'ont souligné Froeb et Werden (2008:61f.), il existe aussi des différences considérables entre les effets unilatéraux des marchés d'appels d'offres et ceux observés dans les marchés de produits différenciés, comme sur la question de la diversion et des effets des synergies.

deuxième offre par ordre croissant de prix, les sociétés ne doivent pas être considérées comme de proches concurrents. Leur fusion n'entraînerait pas d'augmentation des prix pour les acheteurs puisque d'autres soumissionnaires ont présenté des offres plus compétitives. À l'inverse, si les deux sociétés ont régulièrement soumis les offres les plus compétitives, elles doivent être considérées comme de proches concurrents. Dans ce cas, leur fusion pourrait largement diminuer la concurrence.

Si l'appel d'offres prend la forme d'une enchère anglaise ou *au deuxième prix*, la stratégie dominante de chaque fournisseur est d'élaborer une offre correspondant à ses coûts. Le vainqueur est le soumissionnaire dont les coûts sont les plus faibles, et il perçoit un prix correspondant aux coûts occupant le deuxième rang dans un classement croissant. Si les deux sociétés affichant les coûts les plus faibles fusionnent, le prix d'équilibre augmente jusqu'à s'aligner sur celui du troisième fournisseur le plus efficace, c'est-à-dire sur les coûts occupant le troisième rang dans un classement croissant. S'il existe une grande différence entre les coûts des deuxième et troisième rangs, la fusion peut entraîner une importante augmentation des prix pour les acheteurs, quand bien même les parts de marché des parties à la fusion seraient faibles¹¹⁸. Imaginons par exemple que les soumissionnaires des premier et deuxième rangs affichent des coûts de 15 et 18 et que les coûts du soumissionnaire de troisième rang s'élèvent à 25. Avant la fusion, la société dont les coûts s'élèvent à 15 soumettrait l'offre la moins onéreuse et remporterait l'appel d'offres mais elle serait payée 18, ce qui correspond au deuxième prix soumis. Avant la fusion, le client paye donc 18. Après la fusion des deux entreprises aux coûts les moins élevés, la nouvelle entité soumettrait une offre à 18 mais serait payée 25, ce qui correspond aux coûts du soumissionnaire de troisième rang. Pour le client, le prix passe donc à 25.

Contrairement à l'approche employée sur les marchés de produits différenciés, sur lesquels la proximité des produits est déterminée par les élasticités-prix croisées de la demande, « la proximité des soumissionnaires dans un modèle d'adjudication est déterminée par la fréquence à laquelle l'un d'entre eux soumet la deuxième valeur la plus élevée lorsque l'autre soumet la valeur la plus élevée. »¹¹⁹

Bien que les parts de marché et les degrés de concentration dans un marché d'appels d'offres parfait ne représentent qu'un indicateur peu fiable du pouvoir de marché et de la compétitivité, de nombreux marchés d'appels d'offres sont loin de cet idéal. Il est possible que les parts de marché et les indices de concentration soient de bons indicateurs du pouvoir de marché. C'est notamment le cas si un opérateur historique tire parti de ce statut ou si l'offre moyenne retenue est une fonction décroissante du nombre de soumissionnaires. Les parts de marché et le degré de concentration peuvent également éclairer sur le préjudice que les effets coordonnés d'une fusion peuvent causer à la concurrence. Dans d'autres marchés d'appels d'offres toutefois, les parts de marché ou la variation de la concentration ne permettent pas de déduire les effets concurrentiels d'une fusion. Tout comme dans le cas des marchés de produits différenciés, le facteur le plus important est la proximité de la concurrence.

4.6 *Marchés bifaces*

Les marchés (ou plateformes) bifaces desservent au moins deux groupes distincts de clients qui souhaiteraient interagir mais ne peuvent le faire sans l'entremise de la plateforme. Les plateformes d'enchères en ligne, les clubs de rencontre, les systèmes de cartes de paiement, les journaux et les plateformes de jeux vidéo sont quelques exemples de marchés bifaces. Les plateformes bifaces ont cela en commun que la taille d'un groupe de clients, par exemple le nombre de vendeurs actifs sur une plateforme d'enchères en ligne, a un impact positif sur l'utilité de la plateforme pour les acheteurs et *vice versa*. C'est

¹¹⁸ Froeb et Werden (2008) ont effectué une analyse approfondie des effets des fusions dans diverses situations d'adjudication. Selon le type d'adjudication (à valeurs privées ou liées, au premier ou au deuxième prix, etc.), une fusion peut avoir des effets considérablement différents.

¹¹⁹ Froeb et Werden (2008:58).

ce que l'on appelle les effets de réseau indirects. Une plateforme biface permet à ces groupes d'internaliser les externalités de réseau indirectes et donc de générer de la valeur au moins pour l'un des versants, ce qui serait impossible sans la plateforme.

Les plateformes bifaces peuvent avoir des fonctions diverses. Elles peuvent faciliter l'échange entre des membres de divers groupes. Au sein d'un système de paiement par carte de crédit par exemple, l'augmentation du nombre de titulaires de carte accroît la demande de terminaux de lecture de la part des magasins. La plupart des marchés peuvent également être considérés comme des plateformes bifaces dans les médias, comme c'est le cas des journaux et magazines qui vendent un contenu au lecteur et des espaces publicitaires aux entreprises. Le bénéfice tiré d'une augmentation du nombre de téléspectateurs, d'auditeurs ou de lecteurs est influencé (de manière positive ou négative) par la quantité de publicité.

Pour optimiser son bénéfice, une plateforme biface doit prendre en considération les effets de réseau indirects entre les divers groupes afin de trouver le juste équilibre entre les deux versants du marché. Une plateforme d'enchères présente peu d'intérêt pour des acheteurs potentiels si les vendeurs y sont peu nombreux, et *vice versa*. Elle doit donc choisir une structure tarifaire, c'est-à-dire définir un prix pour les deux versants du marché, qui incite un nombre optimal de membres de l'un et de l'autre côté à rejoindre la plateforme. Le niveau de prix n'est donc pas le seul élément important pour la plateforme. La structure tarifaire a en effet un impact considérable sur le nombre de transactions. Dans les marchés bifaces, une modification de la structure tarifaire a une incidence sur la taille des deux groupes. En règle générale, une augmentation du prix pour l'un des groupes porte atteinte à l'autre car elle érode la demande sur le premier versant. En raison de l'effet de réseau indirect, la plateforme perd de son intérêt pour l'autre versant et la demande de ce dernier s'estompera à son tour.

Par conséquent, les tarifs appliqués aux deux groupes dépendent largement de l'ampleur et du sens de l'effet de réseau indirect. Le groupe exerçant l'effet de réseau indirect le plus élevé se verra appliquer un tarif généralement inférieur à celui dont l'externalité de réseau est moindre¹²⁰. Bien que ces effets de rétroaction brident la capacité de la plateforme à relever ses prix, ils peuvent entraîner un prix d'optimisation du bénéfice bien supérieur au coût marginal pour un versant du marché, et inférieur au coût marginal (voir négatif) pour l'autre. Il serait donc trompeur de se concentrer par exemple sur le pan du marché où le prix est élevé puisque cette situation semblerait indiquer un pouvoir de marché qui n'existe en réalité pas. Par conséquent, dans les marchés bifaces, le fait qu'un prix élevé soit appliqué à un groupe d'acheteurs n'implique pas nécessairement l'existence d'un pouvoir de marché. Lorsque le prix appliqué à l'un des versants du marché est élevé, cela n'implique pas nécessairement qu'il soit excessif. De la même manière, un prix inférieur au coût marginal n'implique pas une pratique d'éviction¹²¹.

La structure tarifaire des plateformes bifaces variera également selon que les clients interviennent sur une ou plusieurs plateforme(s). Si les clients utilisent plusieurs plateformes, la pratique est alors qualifiée de multi-hébergement, comme lorsqu'une société fait de la réclame dans plusieurs journaux. Ce multi-hébergement restreint la capacité de la plateforme à relever ses prix au-delà du niveau concurrentiel. Si les clients du versant A du marché ne disposent d'aucun substitut au service fourni mais que la concurrence est âpre du côté B, toute tentative d'accroître le bénéfice en relevant le prix sur le versant A sera contrecarrée par la concurrence du côté B. Les concurrents d'une plateforme peuvent être d'autres plateformes offrant des biens et services similaires ou des entreprises desservant uniquement un versant du marché. En un mot, le pouvoir de marché des plateformes bifaces est restreint à la fois par les effets de rétroaction entre les groupes de consommateurs et par les concurrents à l'œuvre de part et d'autre de la transaction. Des prix

¹²⁰ Voir par exemple Rochet et Tirole (2006).

¹²¹ Voir OCDE (2012).

supérieurs au coût marginal sur un pan ou l'autre du marché ne sont pas forcément indicatifs d'un pouvoir de marché, puisqu'il faut tenir compte des deux côtés du marché.

En raison des deux versants du marché, des effets de réseau indirects entre les groupes de clients et du multi-hébergement, il est plus difficile de délimiter le marché pertinent que dans la plupart des marchés classiques (unifaces). Si les effets de réseau indirects sont faibles ou non significatifs, il convient de délimiter le marché comme s'il était uniface. Il est donc important de déterminer sur quels marchés bifaces les effets de réseau indirects ont un impact considérable, impact que certains nient par exemple pour les cartes de paiement¹²².

Si les effets de réseau indirects entre les groupes de clients sont importants, l'application mécanique du TMH à un seul versant d'un marché biface peut aboutir à une évaluation erronée des contraintes concurrentielles auxquelles une plateforme est confrontée. Une augmentation de 5 % du prix sur l'un des pans du marché réduira la demande de ce côté mais, en raison de l'effet de réseau indirect, elle abaissera également la demande de l'autre côté, ce qui aura de nouveau une incidence sur le premier versant, etc. Lorsque l'on effectue le TMH à l'aide d'une analyse de la perte critique, il convient d'évaluer la rentabilité d'une SSNIP au regard des pertes critiques et effectives de part et d'autre du marché¹²³. Dans le cas contraire, on aboutit à des marchés aux frontières trop restreintes avec des parts de marché élevées et des indices de concentration à l'avenant. Si l'on définit un marché pertinent en se concentrant uniquement sur un pan du marché, on ne tient pas compte des contraintes concurrentielles exercées par l'autre versant. La délimitation du marché pertinent manque alors son objectif principal, à savoir de déterminer quelles sont les contraintes concurrentielles¹²⁴.

Lorsque l'on effectue un TMH sur un marché biface, il convient de prendre en compte toutes les contraintes concurrentielles auxquelles un monopoleur hypothétique est confronté. Le test SSNIP doit donc être mené de façon à déterminer le groupe de produits et de régions le plus restreint qu'il serait intéressant de monopoliser. Dans un marché biface, il n'y a pas que le niveau de prix qui soit important, la structure tarifaire l'est également. Se pose alors la question de savoir comment cela affecte la manière dont le test SSNIP doit être effectué. Ce problème est semblable à celui qui se pose lorsque l'on applique le test SSNIP à une entreprise multi-produits. Il est utile d'opérer une distinction entre les plateformes sur lesquelles les membres des différents groupes opèrent des transactions ou interagissent visiblement, comme c'est le cas pour les systèmes de paiement par carte de crédit ou les plateformes d'enchères en ligne, et les marchés bifaces où aucune transaction ni interaction ne s'opère entre les membres des différents groupes, comme c'est le cas par exemple dans les médias¹²⁵.

Sur un marché biface où s'opèrent des transactions (ou des interactions observables), il est possible de facturer des frais pour chaque transaction ou d'établir une tarification à deux composantes. Dans un système de paiement par carte de crédit, par exemple, le titulaire de la carte et le commerçant peuvent devoir payer une commission à chaque transaction et la structure tarifaire détermine le nombre de transactions¹²⁶. Pour les marchés bifaces sur lesquels s'opèrent des transactions, on a suggéré d'appliquer

¹²² Voir par exemple Filistrucchi *et al.* (2012).

¹²³ Evans et Noel (2005) ont mis au point une formule de perte critique qui s'applique aux plateformes bifaces.

¹²⁴ Il faut également se demander si les deux pans du marché doivent être considérés comme un seul et même marché au regard du droit de la concurrence ou s'ils doivent être considérés comme des marchés distincts, auquel cas les effets de réseau indirects sont pris en compte ultérieurement dans l'analyse. À ce sujet, voir par exemple Evans (2010).

¹²⁵ Filistrucchi *et al.* (2012), Filistrucchi (2008a).

¹²⁶ Voir par exemple Rochet et Tirole (2006).

le test SSNIP en augmentant le niveau de prix, c'est-à-dire la somme des deux prix, tout en ajustant la structure tarifaire de manière optimale¹²⁷.

Dans un marché où aucune transaction ne s'opère (ou aucune interaction n'est observable), comme dans les médias, il est impossible d'établir des prix par transaction et seul un prix forfaitaire peut être appliqué¹²⁸. Dans ce cas, il convient d'effectuer le test SSNIP différemment car une augmentation distincte d'un seul prix, qui optimiserait la structure tarifaire, serait préférable, ce qui reviendrait à entreprendre une procédure séquentielle qui tient compte de la capacité des consommateurs à se tourner vers des substituts¹²⁹.

Quel que soit le type de marché, une augmentation du prix entraînera des effets de rétroaction entre les deux groupes de consommateurs, qui peuvent ôter toute rentabilité à cette mesure. Ces effets doivent être pris en considération lorsque l'on effectue le TMH. Par ailleurs, il y a lieu de tenir compte du fait que les consommateurs réagiront à une augmentation de prix en se tournant vers des produits substituables proposés par d'autres plateformes ou par des entreprises unifaces¹³⁰. Dans ce contexte, il est important de tenir compte des deux versants du marché. Par conséquent, les effets de rétroaction entre les deux groupes de consommateurs peuvent entraîner un comportement de substitution suffisamment important de l'un des côtés du marché pour ôter toute rentabilité à une augmentation de prix. Bien entendu, il est aussi possible qu'une augmentation de prix ne se révèle plus rentable qu'après avoir tenu compte du comportement de substitution des deux versants du marché.

Pour reprendre la conclusion d'Evans (2012:35) sur les problèmes conceptuels soulevés par la délimitation des marchés en cas de plateformes bifaces : « l'analyse du marché pertinent dans ces affaires sera vraisemblablement plus difficile dans la pratique et sujette à un plus grand degré d'erreur que dans les affaires n'impliquant que des entreprises unifaces. »

Ces problèmes ont également un impact sur l'interprétation et la qualité indicative des parts de marché et du degré de concentration dans les marchés bifaces. D'un point de vue conceptuel, les parts de marché ne sont que peu indicatives de la puissance commerciale sur les marchés bifaces. Une vaste part de marché sur un versant n'implique pas nécessairement que la société détienne un pouvoir de fixation des prix. Si les consommateurs de l'autre côté du marché pratiquent le multi-hébergement, la concurrence sur les prix sur ce versant du marché est intensifiée¹³¹. Il n'existe donc pas de corrélation négative certaine entre le degré de concentration et le degré de concurrence sur un marché biface. Sur ce type de marché, il y a donc lieu de

¹²⁷ Voir Alexandrov *et al.* (2011), Emch et Thomson (2006) ou Filistrucchi (2008a). Le prix par transaction demeure inchangé car il est choisi par la plateforme de manière à maximiser le nombre de transactions, ce qui reflète un comportement efficient.

¹²⁸ Voir par exemple le modèle d'Armstrong (2006).

¹²⁹ Voir Filistrucchi (2008a) et (2008b). On pourrait également envisager une augmentation de prix uniforme de part et d'autre du marché, comme dans Evans et Noel (2008:675). Les frontières des marchés seraient alors plus vastes qu'en cas d'ajustement optimal de la structure tarifaire.

¹³⁰ Evans et Noel (2008) ; Filistrucchi (2008a). Evans et Noel distinguent les effets à court terme, qui n'envisagent que les effets directs dus à une augmentation de prix, et les effets à long terme, dans le cadre desquels les effets de rétroaction entre les deux groupes de consommateurs sont aussi pris en considération. Filistrucchi ne distingue toutefois pas les effets à court et à long terme car le TMH postule une augmentation de prix non transitoire.

¹³¹ Evans (2003:359).

considérer les parts de marché comme des indicateurs tout particulièrement problématiques de la puissance commerciale¹³².

La relation entre le degré de concentration et le bien-être dans les marchés bifaces soulève un autre problème. Comme on le sait des marchés unifaces avec des effets de réseau directs, la taille du réseau a un effet positif sur le bien-être des consommateurs. Par conséquent, une hausse de prix due à une augmentation de la concentration pourrait néanmoins améliorer le bien-être des consommateurs car le produit devient plus précieux et ces derniers acceptent de payer un prix plus élevé. Si les consommateurs sont prêts à accepter une augmentation de prix supérieure à celle constatée, leur bien-être s'améliorera.

Sur les marchés bifaces, les choses sont plus compliquées en raison des effets de réseau indirects entre les deux groupes qui interagissent sur la plateforme. Une fusion entre deux plateformes peut largement modifier la structure tarifaire et il est possible que le prix sur un versant du marché augmente tandis qu'il baisse de l'autre côté¹³³. Sur ce type de marché en outre, les effets de réseau peuvent être suffisamment marqués pour améliorer le bien-être des consommateurs, même si le prix total augmente. Un modèle récent de fusion sur les marchés bifaces a démontré que les fusions peuvent améliorer le bien-être si les effets de réseau indirects sont suffisamment importants. Dans le cas contraire, l'analyse classique des fusions s'applique et la fusion porte atteinte au bien-être¹³⁴.

On peut supposer que des effets coordonnés seront moins vraisemblables sur des marchés bifaces que sur des marchés unifaces car, dans le premier cas, il faut réussir à coordonner le comportement sur les deux versants du marché. Si la coordination ne porte que sur un côté du marché, les bénéfices de cette coordination ont tendance à être rognés par la concurrence que se livrent les opérateurs sur l'autre versant du marché. Il faut alors accroître les accords et le contrôle¹³⁵.

Ainsi, en reformulant et en affinant les méthodes d'application du TMH, il est possible de délimiter des marchés pertinents pour les plateformes bifaces. L'exercice de délimitation du marché étant dans ces cas considérablement plus complexe que pour les marchés unifaces, les parts de marché ne peuvent être mesurées que moyennant un degré d'incertitude élevé. Par ailleurs, sur les marchés comportant des plateformes bifaces et dotés d'importants effets de réseau indirects, les parts de marché, les indices de concentration et la variation de ces indices ne seront pas particulièrement utiles pour apprécier le pouvoir de marché ou pour prévoir les effets d'une fusion sur la concurrence. Dans ces marchés, il semble préférable d'évaluer le pouvoir de marché de manière plus directe, en analysant par exemple les barrières à l'entrée.

4.7 Marchés dynamiques et innovants

Certains secteurs comme ceux des médias, des télécommunications, de la biotechnologie ou de la technologie médicale se caractérisent par de rapides avancées technologiques. De nouveaux produits sont mis au point, des fonctionnalités auparavant séparées sont intégrées dans un seul et même produit et les innovations en matière de procédés font entrer sur le marché des entreprises d'autres secteurs, ce qui accroît la pression concurrentielle sur les opérateurs historiques. Ces avancées sont bien souvent imprévisibles et aboutissent à la création de nouveaux marchés ou à la convergence de marchés auparavant distincts. Les frontières du marché peuvent donc rapidement se mouvoir. Certains de ces secteurs

¹³² Evans (2003:359).

¹³³ Evans (2003:360).

¹³⁴ Leonello (2009). Une analyse empirique du marché des journaux canadiens a livré des résultats similaires. Voir Chandra et Collard-Wexler (2009).

¹³⁵ Evans et Schmalensee (2007).

dynamiques peuvent être considérés comme des secteurs « à la Shumpeter », où une « destruction créatrice » peut très rapidement modifier la situation concurrentielle des entreprises. Dans ces secteurs, le principal paramètre concurrentiel n'est pas le prix mais l'innovation ou le lancement d'un produit meilleur que ses prédécesseurs. La concurrence ne se livre pas « sur le marché » mais « pour le marché »¹³⁶. Dans de tels contextes, « une entreprise peut desservir l'intégralité du marché ou une large part de celui-ci pendant un temps, avant d'être remplacée par une autre entreprise ayant fait une percée technologique qui améliore remarquablement la performance ou diminue considérablement les coûts. »¹³⁷

D'un point de vue conceptuel, il est délicat de délimiter des marchés pertinents dans des secteurs fortement dynamiques. Le TMH repose principalement sur le concept statique de substitution de la demande. Il évalue dans quelle mesure les produits alors disponibles sont substituables. Dans des secteurs soumis à des évolutions technologiques rapides, de nouveaux produits apparaissent toutefois, ce qui accroît les possibilités de substitution. Par ailleurs, les innovations en matière de procédés peuvent réduire les coûts de production de produits auparavant trop onéreux pour être considérés comme des substituts viables pour la plupart des consommateurs¹³⁸. Par conséquent, appliquer le TMH aux substituts existants peut amener à définir des marchés trop étroits, faute de pouvoir tenir compte de substituts susceptibles d'apparaître à l'avenir¹³⁹.

Une fois le marché pertinent délimité, l'attribution des parts de marché peut également poser des problèmes si une société dotée d'une faible part de marché lance un nouveau produit meilleur que ceux qui existent, tandis qu'une société détenant une part de marché plus importante n'améliore pas son produit. La compétitivité future de la petite entreprise serait bien entendu largement supérieure à celle suggérée par sa faible part de marché actuelle¹⁴⁰.

Dans un marché à la Shumpeter où la concurrence se fait plutôt « pour » le marché que « sur » le marché et où le vainqueur remporte la totalité ou la majeure partie du marché, le vainqueur de la compétition devient une entreprise en position dominante, voire le détenteur d'un monopole avec une part de marché élevée. Mais même une part de marché de 100 % n'implique pas nécessairement un important pouvoir de marché. « Sur ces marchés, le détenteur d'un monopole efficient est limité par la demande globale du marché et la menace d'un nouvel entrant et appliquera souvent des prix ajustés à la qualité qui, bien qu'ils soient supérieurs au coût marginal, restent inférieurs aux prix qui seraient appliqués par un groupe de concurrents moins efficaces. Pour un économiste, le jeu de la concurrence est effectivement à l'œuvre sur ces marchés, même s'il se traduit par la présence d'une seule entreprise pour desservir le marché dans son intégralité pendant un certain temps. »¹⁴¹

Dans ce cas très stylisé, même une part de marché de 100 % ne permettrait pas d'émettre d'hypothèse sur le pouvoir de marché d'une société. On pourrait donc avancer l'argument selon lequel les parts de marché ne devraient pas être attribuées selon la situation sur le marché mais plutôt d'après la capacité des sociétés à se concurrencer sur le marché. Si toutes les sociétés ont les mêmes coûts et peuvent répondre à la

¹³⁶ Les principaux facteurs qui influencent ce type de concurrence sont les économies d'échelle, les effets de réseau ou les droits de propriété intellectuelle. Baker (2007a).

¹³⁷ Kolasky (2002:3).

¹³⁸ Katz et Shelanski (2005:123).

¹³⁹ C'est pourquoi les marchés doivent être délimités par des frontières plus vastes en projetant dans un avenir proche les évolutions technologiques observables.

¹⁴⁰ AMC (2007:40).

¹⁴¹ Kolasky (2002). Bien entendu, on part de l'hypothèse que le marché est entièrement contestable, ce dont on est en droit de douter à la lumière des observations empiriques.

demande du marché, chacune doit se voir attribuer une part de $1/n$ si le marché compte n sociétés¹⁴². Une difficulté peut se présenter ici du fait que les opérateurs de marché ne sont pas connus au moment où le marché est délimité, car de nouvelles sociétés peuvent faire leur apparition dans le secteur.

Ces difficultés à définir le marché pertinent et le fait que les parts de marché ne soient que des indicateurs peu fiables de la puissance commerciale ne doivent pas amener à conclure que les fusions ne posent pas de problème dans les marchés dynamiques. Une fusion entre deux sociétés peut réduire la motivation à innover et donc retarder l'évolution technologique au détriment des consommateurs. La seule conclusion que l'on puisse tirer est que l'on ne peut généralement pas inférer ces problèmes des parts de marché ou de la variation des indices de concentration. Par conséquent, il convient de préférer au paradigme classique du marché pertinent et des parts de marché une approche plus directe pour évaluer le pouvoir de marché ainsi que les effets d'une fusion sur les marchés dynamiques.

4.8 Conclusion – réactions à ces problèmes

Nous avons vu que, dans certains types de marchés, les parts de marché ne sont qu'un indicateur peu fiable de la puissance commerciale. De plus, le degré de concentration d'un marché et, plus important encore, les variations de cette concentration mesurées à l'aune de l'IHH, ne sont pas d'une grande utilité dans l'analyse concurrentielle des fusions ou des comportements anticoncurrentiels. Dans les marchés de produits différenciés, c'est la proximité de la concurrence plutôt que les parts de marché qui prime. La fusion de deux entreprises pourtant d'envergure relativement faible peut ainsi avoir des effets importants sur la concurrence s'il s'agit de proches rivales, tandis que la fusion d'entreprises de plus grande envergure peut avoir un effet négligeable sur le prix si ces deux sociétés vendent des produits peu substituables. Il en va de même pour les marchés d'adjudications, sur lesquels le facteur primordial est la proximité de la concurrence. Dans les marchés d'adjudications parfaits ou dans les marchés dynamiques où la concurrence se fait « pour le marché » et non pas « sur le marché », une part de marché même importante n'est pas nécessairement révélatrice de puissance commerciale. Dans les marchés bifaces, la définition du marché pertinent et l'application du TMH entraînent des difficultés supplémentaires. Le calcul des parts de marché peut donc ne pas être extrêmement fiable. Par ailleurs, les parts de marché d'un versant du marché ne sont que peu révélatrices de la puissance commerciale car les contraintes concurrentielles exercées par l'autre versant peuvent limiter tout pouvoir de détermination des prix existant. De plus, en raison des effets de réseau, la relation entre la concentration et le bien-être des consommateurs sur les marchés bifaces (ainsi que sur d'autres marchés aux effets de réseau importants) peut être fondamentalement différente de celle observée sur les marchés unifaces traditionnels.

Par conséquent, certains ont suggéré de compléter ou de remplacer l'analyse par le marché pertinent / les parts de marché par des approches plus directes destinées à évaluer le pouvoir de marché et les effets concurrentiels d'une fusion ou d'un comportement abusif. La première méthode suggérée a été la simulation directe d'une fusion à l'aide d'un modèle d'oligopole empirique du secteur. Cependant, on a constaté que les modèles de fusion simples ne permettent souvent pas de refléter les principales caractéristiques d'un secteur et que les modèles de simulation de fusions doivent être considérablement remaniés pour être adaptés aux caractéristiques particulières d'une affaire donnée afin de prédire avec fiabilité les effets d'une fusion sur la concurrence. En raison de leur grande complexité, les modèles de fusions ajustés pour tenir compte des spécificités de l'affaire ne peuvent servir de simple filtre ou constituer la première étape d'une analyse de la concurrence. Par conséquent, d'autres outils plus simples ont été suggérés pour traiter les affaires dans lesquelles les parts de marché et les indices de concentration ne sont que peu révélateurs des effets sur la concurrence. En outre, dans l'Union européenne, il a été suggéré d'appliquer aux

¹⁴²

Voir Werden (2002:13) « Les secteurs dans lesquels on peut attribuer $1/n$ part de marché sont notamment la technologie et les secteurs à la Shumpeter dans lesquels le jeu de la concurrence consiste en grande partie à lancer de nouveaux produits ou de nouvelles technologies et où la concurrence est susceptible de se faire davantage « pour le marché » que « sur le marché ». »

affaires de position dominante une approche tenant davantage compte des effets. De plus, le bien-fondé de l'utilisation des seuils pour déterminer si une société détient une position dominante ou non a été mis en doute.

5. Nouveaux concepts et alternatives possibles au marché pertinent

Comme nous l'avons vu à la section 4, il est possible qu'une analyse de la concurrence reposant sur la définition du marché pertinent, les parts de marché et les mesures de concentration ne soit pas d'une grande utilité pour certains types de marchés ou de problèmes de concurrence. Dans la présente section, nous évoquerons les principaux outils suggérés pour remplacer ou compléter l'approche fondée sur la concentration. Dans le contexte des fusions, deux concepts différents mais liés sont évoqués, à savoir les indices de pression sur les prix (IPP) et les modèles de simulation de fusions. Ces deux catégories se recoupent dans une certaine mesure puisque les mesures de pression sur les prix les plus élaborées se rapprochent des modèles de simulation de fusions basiques. L'un des principaux points de divergence est la manière de modéliser le comportement des entreprises étrangères à la fusion. Tandis que l'IPP pose l'hypothèse que les concurrents étrangers à la fusion ne modifient pas leur comportement, une simulation de fusion repose sur des modèles d'oligopoles qui tiennent compte de la réaction de ces concurrents en termes de prix et/ou de quantité¹⁴³. La notion de réductions compensatoires du coût marginal, qui tient compte des gains d'efficacité indispensables pour neutraliser les effets unilatéraux d'une fusion, constitue un substitut éventuel aux IPP et aux modèles de simulation. Après avoir décrit les IPP et les modèles de simulation de fusions, nous traiterons brièvement de l'approche fondée sur les effets directs que certains suggèrent comme outil d'analyse dans les affaires d'abus de position dominante et de monopolisation. La dernière section tirera des conclusions sur le recours à ces outils dans l'analyse de la concurrence.

5.1 Indices de pression sur les prix – UPP, UPP* et GUPPI

Ces deux dernières années, plusieurs nouveaux concepts et plusieurs solutions alternatives à la définition du marché pertinent ont été avancés, notamment pour les fusions s'opérant sur des marchés de produits différenciés. Ces concepts reposent sur les éléments incitant les parties à la fusion à accroître leurs prix après l'opération de concentration. Les indices de pression sur les prix (IPP) ont fait l'objet d'une grande attention et de vifs débats parmi les professionnels de la concurrence.

La « pression à la hausse sur les prix » (*upward pricing pressure*, ou UPP), notion proposée par Farrell et Shapiro en 2008, a été le premier indice de pression sur les prix à avoir été suggéré en tant que substitut éventuel à la définition du marché pertinent. La pression à la hausse sur les prix a été conçue comme un simple « test diagnostique » initial pour les fusions, notamment pour celles intervenant sur des marchés de produits différenciés où la concurrence s'exerce sur les prix. Comme nous l'avons vu à la section 4.3.1 ci-dessus, les effets d'une fusion sur la concurrence dans ces marchés dépendent davantage de la proximité de la concurrence que des parts de marché. Par conséquent, mesurer les parts de marché et la variation du degré de concentration peut ne pas se révéler d'une grande utilité pour évaluer les effets sur la concurrence. Le filtre de la pression à la hausse sur les prix suggéré par Farrell et Shapiro ne nécessite pas de délimiter un marché pertinent et se concentre sur les éléments qui incitent une entreprise issue d'une fusion à accroître le prix de l'un des deux produits ou des deux¹⁴⁴.

¹⁴³ Les modèles de simulation de fusions ne prennent généralement pas en considération les autres réactions comme le repositionnement des produits, l'entrée sur le marché, l'augmentation des capacités ou la modification de la qualité des produits.

¹⁴⁴ L'hypothèse posée par Farrell et Shapiro est celle de sociétés monoproduit, de sorte que lorsque deux sociétés fusionnent, la nouvelle entité vend deux produits. Au sujet de la généralisation aux sociétés multiproduits, voir Willig (2011) ou Jaffe et Weyl (2012).

L'UPP repose sur la proximité de la concurrence entre les produits vendus par les parties à la fusion et sur les marges dégagées par ces produits.

Encadré 5. Dérivation de l'indice UPP

Dans sa forme la plus simple, c'est-à-dire la fusion de deux sociétés et de deux produits, la pression à la hausse sur les prix peut être dérivée comme suit : prenons deux sociétés mono-produit 1 et 2 exerçant dans un secteur qui comporte n entreprises produisant des biens différenciés et se livrant concurrence sur les prix¹⁴⁵. Les sociétés produisent à coût marginal constant c_1 et c_2 . La demande pour chaque produit est décrite par les fonctions de la demande $Q_1(p_1, p_2)$ et $Q_2(p_1, p_2)$ ¹⁴⁶. On part de l'hypothèse que la demande de chaque produit est une fonction décroissante de son propre prix mais croissante du prix de l'autre produit puisque les produits sont substituables¹⁴⁷. On suppose par ailleurs que la fusion crée des gains d'efficacité dans la production du bien 1 en réduisant le coût marginal à $(1 - e_1)c_1$ avec $0 \leq e_1 < 1$. Le bénéfice de l'entité née de la fusion est alors

$$\pi(p_1, p_2) = (p_1 - (1 - e_1)c_1)Q_1(p_1, p_2) + (p_2 - c_2)Q_2(p_1, p_2).$$

La condition du premier ordre du problème d'optimisation du bénéfice de la nouvelle entité pour le produit 1 donne

$$\frac{\partial \pi(p_1, p_2)}{\partial p_1} = (p_1 - c_1) \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} + Q_1(p_1, p_2) + e_1 c_1 \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} + (p_2 - c_2) \frac{\partial Q_2(p_1, p_2)}{\partial p_1} = 0.$$

La condition du premier ordre de l'optimisation du bénéfice de l'entreprise 1 seule implique

$$(p_1 - c_1) \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} + Q_1(p_1, p_2) = 0.$$

Donc,

$$\frac{\partial \pi(p_1, p_2)}{\partial p_1} = (p_2 - c_2) \frac{\partial Q_2(p_1, p_2)}{\partial p_1} + e_1 c_1 \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1}.$$

Par conséquent, l'augmentation du prix du produit 1 pour la société issue de la fusion n'est rentable que si et seulement si

$$(p_2 - c_2) \frac{\partial Q_2(p_1, p_2)}{\partial p_1} + e_1 c_1 \frac{\partial Q_1(p_1, p_2)}{\partial p_1} > 0.$$

Cette expression peut être reformulée à l'aide du ratio de diversion entre les produits 1 et 2. En divisant les deux termes de l'inégalité par $|\partial Q_1 / \partial p_1|$ on obtient la « pression à la hausse sur les prix » qui s'exerce sur le produit 1 selon Farrell et Shapiro (2008).

$$UPP_1 = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1 c_1.$$

La pression à la hausse sur les prix du produit 2 peut être dérivée de manière semblable.

¹⁴⁵ Cantonner cet exemple à la concurrence sur les prix ne pose pas de problème puisque la même logique s'applique à la concurrence sur les volumes.

¹⁴⁶ Les prix des autres produits étant considérés comme constants, ils ne sont pas pris en compte dans la fonction de la demande.

¹⁴⁷ Cela se formule $\partial Q_i(\cdot) / \partial p_i < 0$ et $\partial Q_i(\cdot) / \partial p_j > 0$ pour $i, j = 1, 2, i \neq j$.

La pression à la hausse sur les prix du produit 1 est donnée par

$$UPP_1 = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1.$$

Le premier terme à droite de l'expression peut être interprété comme suit : en augmentant légèrement le prix du produit 1, on augmente la demande pour le produit 2 car certains consommateurs se tourneront vers le produit 2 au détriment du produit 1. La proportion de consommateurs qui délaisse le produit 1 pour se tourner vers le produit 2 est donnée par le ratio de diversion D_{12} . En multipliant le résultat par la marge du produit 2, on obtient la « valeur des ventes reportées ». Si la marge et le ratio de diversion sont positifs, le premier terme à droite de l'expression montre une hausse du bénéfice pour la nouvelle entité. Cette dernière est donc incitée à accroître le prix du produit 1 car, après la fusion, une partie des ventes perdues par le produit 1 est récupérée par le produit 2. Autrement dit, la contrainte concurrentielle que le produit 2 exerçait sur le produit 1 a disparu. Une augmentation du prix du produit 1 est alors rentable. Le second terme à droite de l'expression, e_1c_1 , montre l'effet qu'a la réduction du coût marginal découlant de la fusion. Puisque les coûts marginaux de production du produit 1 diminuent, la nouvelle entité est incitée à réduire le prix de vente du produit 1. Cet effet vient à l'encontre des incitations à accroître le prix du produit 1, mais si l'effet combiné est positif, c'est l'incitation à accroître le prix du produit 1 qui prévaudra.

Il est important de noter que l' UPP_1 ne fournit des informations que sur le sens de la modification de prix mais pas sur son ampleur¹⁴⁸. En l'absence de gains d'efficacité, la pression à la hausse sur les prix serait toujours positive dès lors que la marge du produit 2 est positive et que l'on observe une certaine diversion du produit 1 vers le produit 2. Dans ce cas, la quasi-totalité des fusions s'opérant dans un marché de produits différenciés devraient être signalées comme potentiellement problématiques. Farrell et Shapiro suggèrent donc que les fusions créent des gains d'efficacité. Les efficacités étant souvent difficiles à estimer en pratique, ils suggèrent d'employer une « déduction standard » de 10 % censée refléter les gains d'efficacité vraisemblables¹⁴⁹.

Intuitivement, la pression à la hausse sur les prix peut s'expliquer comme suit : plus le produit 2 récupère la demande de produit 1 perdue en raison de l'augmentation de prix, plus l'augmentation de prix est attrayante. C'est ce qu'exprime le ratio de diversion, qui reflète la proximité de la concurrence entre les deux produits. Par ailleurs, plus la marge du produit 2 est élevée (en termes absolus mais aussi par rapport à celle du produit 1), plus la société est incitée à accroître le prix du produit 1 et donc à provoquer une réorientation de la demande du produit 1 vers le produit 2. Plus les deux produits sont substituables et plus le produit 2 est rentable, plus la pression à la hausse sur les prix du produit 1 est forte. À l'inverse, toute baisse du coût marginal résultant de gains d'efficacité dus à la fusion limitera, voire (sur)compensera les incitations à relever le prix du produit 1¹⁵⁰.

¹⁴⁸ À la section 5.1.3 ci-dessous, nous montrons comment l'UPP et les indices connexes peuvent être étoffés afin de prévoir l'ampleur de la hausse des prix.

¹⁴⁹ Farrell et Shapiro (2010:12).

¹⁵⁰ Dans sa forme évoquée ici, l'UPP implique que la fusion crée des gains d'efficacité uniquement pour le produit 1. Il est toutefois concevable que les gains d'efficacité générés par la fusion aient également un impact sur le coût marginal de la société 2. Comme l'a montré Schmalensee (2009), tenir compte de gains d'efficacité affectant le coût marginal des deux sociétés entraînerait la reformulation suivante de l'indice :

$$UPP_1^s = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 + D_{12}e_2c_2 = UPP_1 + D_{12}e_2c_2.$$

Ici, toutes les variations du coût marginal sont prises en considération. Le terme supplémentaire étant en général positif, l'augmentation du bénéfice unitaire du produit 2 résultant de la baisse du coût marginal est positive, si bien que la société est davantage incitée à relever le prix du produit 1. Farrell et Shapiro (2010:12) ont soulevé une objection à cette méthode. Selon eux, il serait en effet possible que le simple fait

En règle générale, pour les produits fortement substituables, on s'attendrait à ce que les marges et les ratios de diversion affichent une corrélation négative. Si la concurrence est rude entre les produits, les ratios de diversion ont tendance à être élevés mais l'âpreté de la concurrence doit comprimer les marges. Si la concurrence n'est pas intense, les ratios de diversion seront faibles mais les marges peuvent être élevées car les contraintes concurrentielles ne sont pas très fortes¹⁵¹.

Veillez noter que l'UPP₁ est exprimée en termes absolus. La formule suivante donne une mesure équivalente en pourcentage

$$D_{12} \frac{p_2}{p_1} m_2 - e_1(1 - m_1)$$

où $m_1 = (p_1 - c_1)/p_1$ et $m_2 = (p_2 - c_2)/p_2$ désignent les marges (relatives) des deux produits. En cas de symétrie, c'est-à-dire en cas d'égalité des ratios de diversion, des prix, des coûts marginaux et des gains d'efficacité entre les deux produits, la condition nécessaire pour qu'une pression à la hausse sur les prix soit positive pour les deux produits peut s'exprimer comme suit

$$D \frac{m}{1 - m} > e,$$

où D , m et e désignent respectivement le ratio de diversion, la marge est le degré d'efficacité communs¹⁵². Par exemple, une pression à la hausse s'exerce sur les prix avec un ratio de diversion de 0,3 – qui signifie que 30 % de la demande perdue en raison de la hausse de prix du produit 1 est récupérée par le produit 2 –, des gains d'efficacité de 10 % et des marges supérieures à 25 %.

En l'absence de gains d'efficacité ou si ces gains ne sont pas pris en compte, e_2 serait égal à 0. L'UPP₁ serait alors la simple expression de l'indice brut de pression à la hausse sur les prix pour le produit 1 (GUPPI₁)

$$GUPPI_1 = D_{12} \frac{p_2}{p_1} m_2.$$

En d'autres termes, le GUPPI₁ correspond au ratio de diversion exprimé en termes de revenus, multiplié par la marge bénéficiaire (relative) du produit 2. Une expression similaire s'applique au produit 2¹⁵³. Par exemple, si les ratios de diversion sont donnés par $D_{12} = 0.20$, $D_{21} = 0.33$, les marges par $m_1 = 0.20$, $m_2 = 0.25$ et les prix par $p_1 = 4$, $p_2 = 3$, la pression brute à la hausse sur les prix pour les deux produits est alors

qu'elles génèrent des gains d'efficacité supérieurs entraîne le classement de certaines fusions dans la catégorie des opérations nécessitant une analyse plus approfondie. Le filtre plus simple, soutiennent-ils, permettrait d'éviter cette critique. Le doute subsiste toutefois. Les gains d'efficacité de la production du produit 2, spécifiquement attribuables à la fusion, et qui accroissent la marge bénéficiaire de ce produit, incitent d'autant plus à augmenter le prix du produit 1. Même si le prix du produit 2 baisse par rapport à ce qu'il était avant la fusion, les gains d'efficacité concernant la production du produit 2 augmentent l'UPP du produit 1, même s'ils ont pour effet de faire baisser les prix du produit 2.

¹⁵¹ Dans le cadre de certaines applications du filtre UPP à des fusions hypothétiques, une combinaison peu vraisemblable de ratios de diversion et de marges a été utilisée. Voir Froeb et Werden (2011).

¹⁵² Shapiro (2010:13).

¹⁵³ Il s'agit du concept de pression à la hausse sur les prix mentionné dans les Lignes directrices américaines de 2010 sur les fusions (section 6.1).

$$GUPPI_1 = 0.2 \times 1.33 \times 0.25 = 0.066$$

$$GUPPI_2 = 0.33 \times 0.75 \times 0.20 = 0.0495.$$

En termes moins arithmétiques, une pression brute à la hausse sur les prix de 6,6 % s'exerce sur le produit 1 et de 4,95 % sur le produit 2. Veuillez noter qu'en l'absence de gains d'efficacité, la pression (brute) à la hausse sur les prix est toujours positive si les marges et les ratios de diversion le sont.

5.1.1 *Filtre UPP amélioré*

Comme nous l'avons déjà évoqué, le filtre UPP suggéré par Farrell et Shapiro ne tient pas compte des gains d'efficacité affectant les coûts du produit 2. Il ne tient pas non plus compte des effets de rétroaction découlant du fait que la nouvelle entité optimise de nouveau ses prix. Une augmentation du prix du produit 1 accroît la demande de produit 2, ce qui permet de relever le prix du produit 2 et réoriente alors de nouveau une part de la demande vers le produit 1, etc. Si l'on tient compte de ces effets de rétroaction, la pression à la hausse sur les prix du produit 1 est calculée de la manière suivante

$$UPP_1^* = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 + (p_1 - c_1)D_{12}D_{21} + e_1c_1D_{12}D_{21}$$

Une expression similaire s'applique au produit 2. Cette mesure, que l'on appelle également l'UPP améliorée, permet de prévoir avec plus de fiabilité dans quelle mesure la société est incitée à relever le prix du produit 1 après la fusion, car elle tient compte de tous les effets de rétroaction, comme la réorientation du produit 2 vers le produit 1 reflétée par le ratio de diversion D_{21} ¹⁵⁴.

Dans ce cas – toujours dans l'hypothèse de sociétés et de produits symétriques – la condition permettant d'obtenir une pression à la hausse sur les prix positive s'exprime ainsi

$$D \frac{m}{1 - m} > e(1 - D).$$

La différence entre l'UPP et l'UPP* en cas de symétrie est le facteur $1 - D$ par lequel on réduit les gains d'efficacité. Pour les substituts proches et en cas de ratio de diversion élevé, l'UPP « simple » postulant un prix constant pour le produit 2 ne révélerait aucune pression à la hausse sur les prix, contrairement à l'UPP*. En l'absence de tout gain d'efficacité, le cas symétrique entraînerait une pression brute à la hausse sur les prix de

$$\frac{Dm}{1 - D} > 0,$$

où le facteur $1/(1 - D)$ indique la hausse de l'incitation de la nouvelle entité à accroître les prix des deux produits.

5.1.2 *Utilisation de l'UPP comme filtre initial dans l'analyse des fusions*

Afin de pouvoir recourir au concept de la pression à la hausse sur les prix comme filtre initial dans leur analyse des fusions, les autorités de la concurrence auraient besoin d'informations sur les marges bénéficiaires des produits considérés, sur les ratios de diversion et – si la minoration « standard » des gains

¹⁵⁴ Les données nécessaires afin de calculer l'UPP₁ et l'UPP₂ sont les mêmes que pour le calcul de UPP₁* et UPP₂*, mais les informations nécessaires pour calculer chaque pression à la hausse sur les prix sont plus nombreuses car il faut alors connaître les deux marges et les deux ratios de diversion.

d'efficience n'est pas jugée appropriée – sur les gains d'efficience propres à la fusion. Des données sur la substituabilité peuvent être disponibles pour les biens de consommation de marque vendus en quantité, ce qui permettrait d'estimer le comportement de substitution et les ratios de diversion¹⁵⁵. Farrell et Shapiro (2010:18) soulignent que les autorités de la concurrence sont capables de mesurer les marges brutes avec une grande précision, même lors de la première étape d'une analyse de fusion, et qu'un léger écart entre les marges brutes effectives et estimées n'aura pas d'incidence notable sur les résultats d'un filtre UPP.

On pourrait faire valoir que les informations nécessaires pour mener un test UPP sont en fait sensiblement les mêmes que celles requises lorsque l'on applique correctement le TMH à l'aide d'une analyse de la perte critique. Pour le TMH, la marge du monopoleur hypothétique doit être estimée et l'on a également besoin de connaître le comportement de substitution des consommateurs, c'est-à-dire le ratio de diversion agrégé entre les produits dans et en dehors du marché cible. Dans certains cas, toutefois, les autorités de la concurrence ne disposent pas des informations nécessaires sur les ratios de diversion. Dans ces cas, ces ratios peuvent être estimés à l'aide des données sur les parts de marché si tout porte à croire que les produits sont différenciés tout autant ou de façon similaire. Les ratios de diversion sont alors donnés par les parts de marché relatives $s_1/(1 - s_2)$ des deux produits. Par exemple, si les parts de marché étaient de 15 % pour la société 1 et de 20 % pour la société 2, le ratio de diversion basé sur ces parts de marché serait $15/80 = 0.1875$. Bien entendu, pour pouvoir estimer des ratios de diversion à l'aide des parts de marché, il faut au préalable qu'un marché pertinent ait été délimité. En conjuguant la définition du marché pertinent et le filtre UPP, il serait toutefois possible d'arriver à des prédictions plus fiables qu'en n'employant qu'un seul de ces outils. C'est ce qui a été récemment démontré dans l'affaire de la coentreprise Marathon / Ashland Petroleum¹⁵⁶.

Puisque le filtre UPP repose sur les conditions du premier ordre d'optimisation du bénéfice, le degré de généralité est très élevé car il ne requiert aucune hypothèse particulière sur la forme de la fonction de la demande. Par ailleurs, la seule hypothèse formulée à l'égard de la nouvelle entité est que le prix optimum de chaque produit est une fonction croissante des coûts de production marginaux dudit produit, et une fonction non décroissante du coût marginal de l'autre produit. Par ailleurs, l'analyse UPP convient à divers modes de comportement concurrentiel en dehors de l'optimisation du bénéfice. La formule présentée ici repose toutefois sur l'hypothèse d'une concurrence à la Bertrand.

Le cadre original de l'UPP a été reformulé récemment pour être élargi à divers égards. L'hypothèse d'un secteur comportant des entreprises mono-produit a été assouplie et l'analyse a été étendue aux sociétés multi-produits¹⁵⁷. Les situations dans lesquelles les sociétés modifient la qualité de leurs produits après la fusion peuvent être traitées en appliquant l'UPP aux prix ajustés selon la qualité¹⁵⁸.

En principe, la méthode fondamentale de l'analyse UPP peut être étendue à d'autres formes de concurrence, comme la concurrence sur les volumes, ou aux marchés fonctionnant par appels d'offres. Pour appliquer l'UPP à une concurrence à la Cournot, il faut modifier le ratio de diversion. Plutôt que d'employer le « ratio de diversion de volumes » comme dans les marchés où la concurrence s'effectue sur

¹⁵⁵ Les parties à la fusion pourraient fournir d'autres éléments attestant d'un comportement de substitution puisque les entreprises gardent généralement trace des concurrents au profit desquels elles perdent des marchés ou au détriment desquels elles en gagnent. Voir Farrell et Shapiro (2010:18).

¹⁵⁶ Voir Zimmerman (2011). Cela corrobore l'opinion selon laquelle le filtre UPP et la définition du marché pertinent ne doivent pas être considérés comme des substituts mais plutôt comme des compléments. Dans d'autres cas, en fonction du mode de concurrence, entre autres, il est possible que l'UPP soit plus fiable que des approches reposant sur les parts de marché, et *vice versa*.

¹⁵⁷ Voir Jaffe et Weyl (2012).

¹⁵⁸ Voir Willig (2011).

les prix, il faut avoir recours à un « ratio de diversion de prix » qui montre comment évolue le prix d'un produit en cas de réduction de la quantité de l'autre produit¹⁵⁹. Pour les marchés fonctionnant par appels d'offres, on peut en principe aussi avoir recours à une analyse UPP si le ratio de diversion est reformulé en un « ratio de diversion de probabilité de retenue » indiquant dans quelle mesure la probabilité qu'une société soit retenue, par exemple lors d'un appel d'offres sous pli scellé, augmente en cas de léger accroissement de l'offre de l'autre société¹⁶⁰. Récemment, l'analyse UPP a également été appliquée à des marchés bifaces, ou plus particulièrement à une fusion entre plateformes. Une augmentation de prix d'une plateforme biface A consiste en une augmentation de prix de part et d'autre du marché, ce qui exerce une pression à la hausse sur les prix des deux versants du marché de la plateforme B. Comme il faut tenir compte des effets de réseau indirects, quatre ratios de diversion différents doivent être envisagés, ce qui complique les conditions d'obtention d'une UPP positive.

Malgré un fondement intuitif clair et une base solide dans la théorie économique, plusieurs objections s'élèvent à l'encontre de l'utilisation des mesures de pression sur les prix dans l'analyse des fusions. L'une d'entre elles porte sur le caractère statique de la méthode, qui ne permet pas de tenir compte du repositionnement des produits existants ou de l'introduction de nouveaux produits après la fusion¹⁶¹. D'autres soulèvent les problèmes de mesure des ratios de diversion et de marges¹⁶², la nécessité de tester et de valider les filtres de pression sur les prix¹⁶³ et l'importance du type de concurrence pour savoir si ce concept peut s'appliquer¹⁶⁴.

Ces critiques sont certainement justifiées, mais l'on peut néanmoins faire valoir que la plupart des objections s'appliquent également aux autres types de filtres tels que l'application du TMH et la mesure et l'interprétation des parts de marché. Il faut également souligner que l'analyse UPP n'a jamais eu pour prétention de se substituer à une analyse approfondie de l'ensemble des effets d'une fusion sur la concurrence. Elle a été conçue comme un filtre initial permettant de déceler les fusions qui pourraient poser problème. Elle n'implique pas qu'une fusion rejetée par le filtre UPP doive nécessairement être interdite :

« Un résultat négatif au test UPP fournit des preuves « indirectes » pertinentes sur les effets unilatéraux défavorables. Il ne prouve pas que la fusion envisagée va vraisemblablement porter une grave atteinte à la concurrence. Il ne s'agit que d'un facteur parmi d'autres. En particulier, le test UPP ne tient pas compte de nombreux autres facteurs qui peuvent être importants pour évaluer les effets qu'aura vraisemblablement une fusion sur la concurrence, comme les éventuelles réactions du côté de l'offre (c'est-à-dire l'entrée et le repositionnement), la nature multi-produits de nombreuses entreprises (c'est-à-dire l'impact sur les incitations tarifaires des ventes d'autres produits substituables ou complémentaires par les parties à la fusion), les éventuelles interdépendances tarifaires (c'est-à-dire la manière dont les mesures tarifaires des parties à la fusion peuvent entraîner des réactions particulières de la part des autres entreprises) et les facteurs dynamiques tels que les effets de réseau et l'apprentissage par l'expérience. Le test

¹⁵⁹ Voir Moresi (2010). Comme c'est le cas dans une concurrence à la Cournot avec des produits homogènes, les parts de marché sont de bons indicateurs des effets unilatéraux. Dans ces circonstances, une analyse UPP reposant sur un ratio de diversion difficile à interpréter et à mesurer ne sera pas d'une grande utilité par rapport à un filtre reposant sur les parts de marché.

¹⁶⁰ Voir Moresi (2010). Comme le soulignent Froeb et Werden (2011:23), ce ratio de diversion indique la fréquence à laquelle la fusion affecte le prix payé par les consommateurs, mais pas l'ampleur de cet effet.

¹⁶¹ Voir Keyte et Schwarz (2011), Coate et Simons (2012) et Hausman (2010).

¹⁶² Carlton (2010), Lopatka (2011).

¹⁶³ Carlton (2010), Garza (2010).

¹⁶⁴ Coate et Simons (2009).

UPP est donc un filtre utile et peut avoir une valeur indicative, sans toutefois être une analyse exhaustive de l'ensemble des facteurs pertinents. »¹⁶⁵

Une autre objection à l'encontre de l'analyse UPP dans le contrôle des fusions porte sur le fait que les indices de pression sur les prix ne font que montrer le sens d'une variation de prix mais non son ampleur. Les indices de pression sur les prix ne fournissent donc pas d'information sur l'ampleur des effets d'une fusion sur la concurrence. Deux fusions affichant la même pression à la hausse sur les prix pourraient entraîner des augmentations de prix très différentes¹⁶⁶. Par conséquent, même lors de l'étape initiale de filtrage, il peut être préférable d'avoir un certain éclairage sur l'effet escompté d'une fusion sur les prix. L'approche de la pression à la hausse sur les prix étant plutôt générale, puisqu'elle utilise uniquement la pente de la fonction de la demande, il faut en renforcer la structure afin de transformer ces indices en mesures de l'effet escompté d'une fusion sur les prix. Il faut en particulier des informations supplémentaires sur la fonction de la demande, la courbe détermine les variations de prix.

5.1.3 Dépasser les indicateurs d'incitations à accroître les prix : estimer l'ampleur de la hausse des prix

Les indices de pression sur les prix peuvent devenir des mesures de hausse escomptée des prix si l'analyse s'enrichit d'informations complémentaires sur la fonction de la demande. Pour passer d'un indicateur d'incitation à accroître les prix à un indicateur estimant l'ampleur de la hausse des prix après la fusion, on a jugé utile d'interpréter la valeur des ventes détournées, c'est-à-dire $D_{12}(p_1 - c_1)$, comme un coût d'opportunité internalisé par la nouvelle entité. Plus le coût d'opportunité est élevé, plus la société est incitée à accroître le prix du produit¹⁶⁷. Pour estimer l'effet d'une fusion sur les prix, il est important de savoir comment l'augmentation des coûts se traduit par une augmentation des prix, autrement dit comment les coûts sont répercutés sur les prix¹⁶⁸. Si les coûts augmentent, une société est incitée à relever le prix de son produit afin de compenser le surcoût. L'importance de la hausse des coûts qui peut être répercutée de manière optimale sur les prix dépend de la courbure de la fonction de la demande, autrement dit de sa pente.

Les taux de répercussion peuvent être calculés pour différentes formes de fonctions de la demande. Dans le cadre d'un scénario simple à deux sociétés, deux produits et coût marginal constant, le taux de répercussion ρ est égal à $1/2$ si la fonction de la demande est linéaire. Lorsque la fonction de la demande est concave, il est de $\rho < 1/2$ et lorsqu'elle est convexe, il est de $\rho > 1/2$. Si la fonction de la demande est isoélastique, c'est-à-dire que son élasticité est constante, le taux de répercussion est donné par $\rho = \varepsilon/(1 - \varepsilon) > 1$. Ainsi, les taux de répercussion des coûts peuvent largement varier selon la fonction de la demande sous-jacente, et donc avoir un impact important sur l'ampleur estimée de l'augmentation des prix.

En l'absence de gains d'efficacité et lorsque les sociétés et produits sont symétriques, une société cherchant à optimiser son bénéfice est incitée à accroître le prix d'un produit d'un montant de Dm , c'est-à-dire l'indice brut de pression à la hausse sur les prix (GUPPI) en maintenant le prix de l'autre produit constant. En cas de fonction linéaire de la demande, l'augmentation de prix effective, $(p^* - p)/p$, est déterminée par le GUPPI multiplié par le taux de répercussion des coûts de $1/2$

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{Dm}{2} = \frac{GUPPI}{2}$$

¹⁶⁵ Moresi (2010:6).

¹⁶⁶ Carlton (2010:28).

¹⁶⁷ Shapiro (2011:728).

¹⁶⁸ Veuillez noter que la variation des coûts, à savoir l'augmentation du coût d'opportunité, n'affecte que la nouvelle entité et non pas les autres sociétés du secteur.

Pour un ratio de diversion de 0,33 et une marge de 0,25, l'augmentation effective des prix serait de 4,12 %. La hausse escomptée du prix d'un produit représente 50 % de la pression brute à la hausse sur les prix. Ce calcul ne prend toutefois pas en compte l'incitation de la nouvelle entité à accroître également le prix de l'autre produit. Si l'on en tient compte, on obtient

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{Dm}{2(1 - D)} = \frac{GUPPI}{2(1 - D)}$$

Ici, le facteur $1/(1 - D)$ montre comment l'augmentation d'un seul prix sous-estime la hausse effective des prix, car le prix des autres produits augmentera à son tour, ce qui incitera alors à relever de nouveau le prix du premier produit, etc.¹⁶⁹ Pour un ratio de diversion de 0,33 et une marge de 0,25, l'augmentation de prix devient 6,16 %¹⁷⁰. L'augmentation de prix sera moindre si la fusion génère des synergies, c'est-à-dire des gains d'efficacité qui réduisent le coût marginal de la nouvelle entité. Si ces gains d'efficacité sont symétriques, l'augmentation du prix d'équilibre est¹⁷¹

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{GUPPI}{2(1 - D)} - \frac{e(1 - m)}{2}$$

Lorsque la fonction de la demande est isoélastique, le taux de répercussion est supérieur à celui que donne une fonction de la demande linéaire et il est calculé par la formule $\varepsilon/(1 - \varepsilon)$, où ε désigne l'élasticité-prix de la demande¹⁷². L'augmentation de prix escomptée optimisant le bénéfice est en outre par conséquent nettement plus marquée qu'en cas de fonction de la demande linéaire.

$$\frac{p^* - p}{p^*} = \frac{GUPPI}{1 - D - m}$$
¹⁷³

Les combinaisons de marges et de ratios de diversion donnant une hausse de prix de 5 % peuvent être représentées comme suit :

¹⁶⁹ Voir Shapiro (2010). Cette analyse a été généralisée pour couvrir les cas d'asymétrie par Hausman *et al.* (2011). Ce dernier a montré que le calcul des effets unilatéraux escomptés requiert les mêmes informations qu'en cas de symétrie, et que seule la formule est plus compliquée.

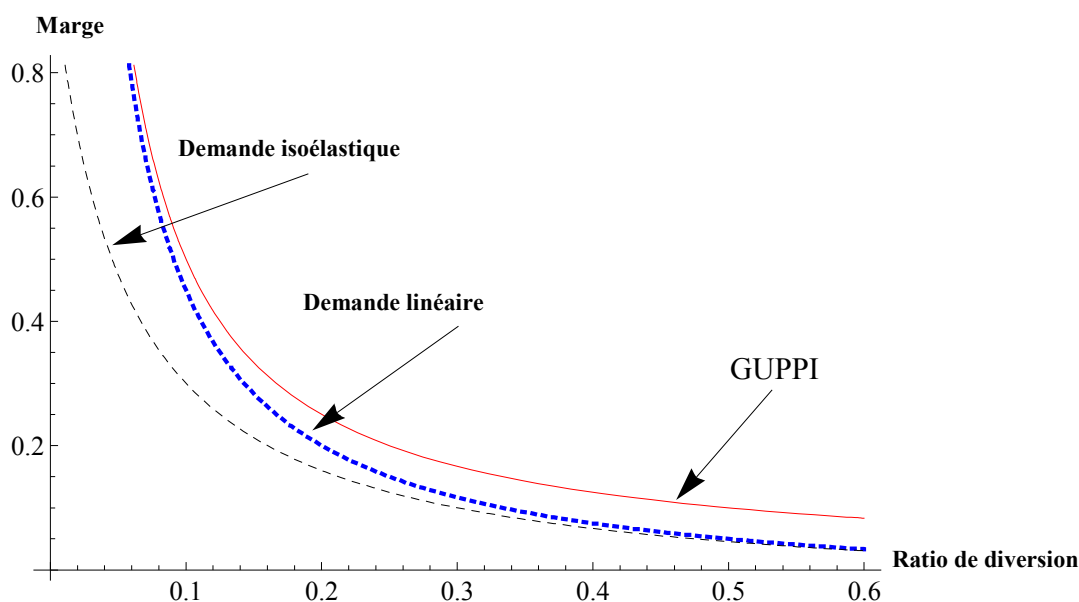
¹⁷⁰ Cette mesure de l'effet d'une fusion sur les prix correspond à la hausse indicative des prix (IPR, *Illustrative Price Rise*) qui est utilisée par le Bureau de la concurrence britannique (OFT, *Office of Fair Trading*) pour les fonctions de la demande linéaires.

¹⁷¹ Schmalensee (2009).

¹⁷² Veuillez noter que les taux de répercussion des coûts ne sont pas définis pour la demande à élasticité unitaire. Cela est dû au fait qu'il n'existe aucune solution au problème d'optimisation du bénéfice si la demande est à élasticité unitaire.

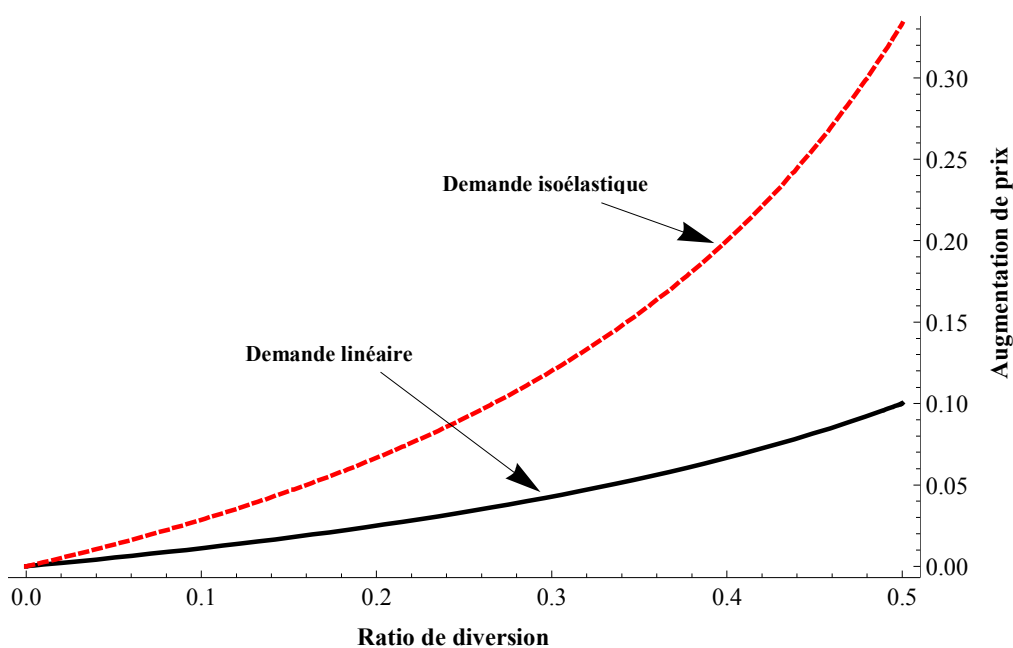
¹⁷³ Cela correspond à la hausse indicative des prix employée par l'OFT britannique en cas de courbe de la demande isoélastique.

Graphique 1. Combinaisons de ratios de diversion et de marges pour les courbes de la demande linéaire et isoélastique entraînant une hausse de prix de 5 %



Le graphique 1 montre que les effets sur les prix estimés à l'aide du GUPPI sont toujours supérieurs à l'ampleur escomptée des augmentations de prix calculée à l'aide d'autres méthodes. Les marges et ratios de diversion donnant une augmentation de prix de 5 % sont inférieurs en cas de courbe de la demande isoélastique plutôt que linéaire. Pour une marge donnée, l'écart entre les augmentations de prix escomptées pour une courbe de la demande linéaire et isoélastique s'accroît avec le ratio de diversion. C'est ce que révèle également le graphique 2 :

Graphique 2. Augmentations de prix escomptées pour une fonction de la demande linéaire et isoélastique, avec une marge de 20 %.



Pour une marge de 0,2 et un ratio de diversion de 0,3, l'augmentation escomptée du prix s'élève à 4,3 % lorsque la courbe de la demande est linéaire, tandis qu'elle atteint 12 % si la courbe de la demande est isoélastique. Cela montre que l'ampleur des augmentations de prix escomptées est extrêmement sensible à la forme présumée de la courbe de la demande (ou au taux de répercussion des coûts), même lorsque les marges et les ratios de diversion sont faibles. S'il est impossible de mesurer des taux de répercussion des coûts avec un degré de confiance suffisant, prévoir l'ampleur des augmentations de prix en combinant les indices de pression sur les prix avec les taux de répercussion des coûts peut entraîner d'importantes différences concernant les effets prévus sur les prix.

Outre cette faiblesse liée à la forme structurelle de la fonction de la demande, l'ampleur des augmentations de prix escomptées repose sur l'hypothèse que les prix des sociétés étrangères à la fusion demeurent constants. Dans des marchés où la concurrence s'effectue sur les prix, comme évoqué à la section 4.3.1 ci-dessus, une augmentation de prix opérée par la nouvelle entité entraînera généralement des hausses de prix de la part des autres sociétés. La nouvelle entité peut alors de nouveau augmenter les prix de manière rentable, ce qui entraîne ensuite d'autres ajustements de la part des sociétés étrangères à la fusion, etc. Ces effets du second ordre ne sont pas pris en compte et entraîneront généralement une sous-estimation de l'ampleur des augmentations de prix auxquelles on peut s'attendre après la fusion. Dans la pratique, il serait plutôt compliqué d'estimer ces effets car ils dépendent du système de la demande, c'est-à-dire des fonctions de la demande de l'ensemble des produits de la totalité des concurrents. D'un point de vue théorique, ce problème a été récemment analysé par Jaffe et Weyl (2012). Appliquer la méthode suggérée dans ces travaux pourrait toutefois requérir des informations sur toutes les élasticités-prix directes et croisées ou les ratios de diversion entre l'ensemble des produits du marché. Ces informations ne sont généralement pas faciles à obtenir et ne peuvent être obtenues, le cas échéant, qu'à travers une analyse de la demande structurelle.

Ainsi, prévoir l'ampleur des augmentations de prix à l'aide des instruments simples que sont les indices de pression sur les prix, combinés à des hypothèses sur les fonctions de la demande ou les taux de répercussion des coûts, peut ne pas aboutir à des résultats solides.

5.1.4 Réductions compensatoires du coût marginal

Des travaux de première importance publiés par Werden (1996) proposent une autre méthode ne nécessitant pas d'émettre des hypothèses sur la forme de la fonction de la demande ou les taux de répercussion des coûts¹⁷⁴. Plutôt que d'estimer les augmentations de prix provoquées par la fusion, il serait possible de partir des réductions du coût marginal qui seraient nécessaires pour maintenir les prix au niveau observé avant la fusion ; en d'autres termes, des réductions compensatoires du coût marginal (CMCR). Werden envisage une concurrence sur les prix dans un marché de produits différenciés où les entreprises produisent à coût marginal constant. Les fusions sont réputées créer des gains d'efficacité en réduisant le coût marginal de la nouvelle entité.

Comme indiqué à la section 5.1.1 ci-dessus, l'indice UPP*, qui tient compte des effets de rétroaction de la société 2 sur la société 1, est donné par la formule suivante

$$UPP_1^* = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 + (p_1 - c_1)D_{12}D_{21} + e_1c_1D_{12}D_{21}$$

¹⁷⁴ Voir également Froeb *et al.* (2001) et Froeb et Werden (2011).

Rendre l'expression égale à 0 et résoudre la réduction du coût marginal dans la production du produit 1, $E_1 = e_1 c_1$, donne les réductions du coût marginal nécessaires pour neutraliser une augmentation de prix découlant d'une fusion pour le produit 1 ¹⁷⁵ :

$$E_1 = \frac{m_2 D_{12} p_2 / p_1 + m_1 D_{12} D_{21}}{(1 - D_{12} D_{21})}$$

En cas de symétrie, cette condition se réduit à

$$E_1 = \frac{mD}{(1 - D)} = \frac{GUPPI}{(1 - D)}$$

Si les coûts marginaux de production du produit 1 sont minorés de ce montant, la pression à la hausse sur le prix du produit 1 mesurée par l'UPP* est égale à 0. Le postulat étant que les prix restent à leur niveau antérieur à la fusion, seule la pente de la fonction de la demande importe, et non sa courbure ¹⁷⁶. Autrement dit, la réduction du coût marginal nécessaire est égale à la pression brute à la hausse sur les prix lorsque les effets de rétroaction sont pris en compte. Cela montre que le GUPPI est un concept utile – non pas au premier chef pour estimer l'ampleur des augmentations de prix, laquelle dépend de la courbure de la fonction de la demande, ce qui entraîne toutes les difficultés que nous avons évoquées précédemment, mais comme indicateur des réductions du coût marginal nécessaires afin de neutraliser la hausse des prix découlant d'une fusion.

La réduction compensatoire du coût marginal fournit donc un indicateur des gains d'efficacité qui doivent être générés par une fusion afin de neutraliser les effets sur les prix. Pour détecter le caractère éventuellement problématique d'une fusion, les réductions escomptées du coût marginal doivent être comparées à cet indicateur. Si les gains d'efficacité escomptés sont largement inférieurs à l'indicateur de référence, il faut étudier la fusion de manière plus approfondie.

Il convient toutefois de noter que la réduction compensatoire du coût marginal dérivée ci-dessus repose sur l'hypothèse que la concurrence entre les entreprises s'opère sur les prix. Il faut donc s'assurer que le secteur auquel le test est appliqué est bien sujet à une concurrence à la Bertrand ¹⁷⁷. Il est une autre objection – qui s'applique toutefois également aux autres concepts présentés auparavant : seuls les gains d'efficacité prenant la forme de réductions du coût marginal sont pris en compte. Une baisse des charges fixes pourrait cependant accroître l'incitation à investir en recherche et développement, notamment dans les secteurs caractérisés par des charges fixes élevées ¹⁷⁸. De plus, une baisse des charges fixes pourrait rendre l'entrée sur le marché plus attrayante et donc accroître la concurrence sur les prix. L'ensemble de ces effets pourrait toutefois être pris en considération à un stade ultérieur de l'analyse, une fois qu'il a été établi que la fusion nécessite une étude plus approfondie.

¹⁷⁵ Froeb et Werden (2011) suggèrent que, lorsque les ratios de diversion sont faibles, il est possible de s'approcher de cette expression par $m_1 D_{12} p_2 / p_1$, voire par $m_1 D_{12}$ si les prix sont similaires.

¹⁷⁶ L'immense avantage est que l'on peut se passer d'émettre des hypothèses sur la forme de la fonction de la demande. Quelle que soit la courbure de la demande, la pente, c'est-à-dire la dérivée première, de toute fonction de la demande différentiable est linéaire en tous points.

¹⁷⁷ Il est également possible de calculer les réductions compensatoires du coût marginal dans un modèle à la Cournot. Comme l'ont montré Froeb et Werden (1996, 2001), elles sont données par $2s_1 s_2 / \varepsilon (s_1 + s_2)$, où ε représente l'élasticité-prix de la demande. Le numérateur est la variation de l'IHH découlant de la fusion, qui indique une corrélation positive avec la concentration.

¹⁷⁸ Carlton (2010).

5.1.5 Relation avec la définition du marché pertinent

Les concepts de pression sur les prix, et en particulier le GUPPI, sont étroitement liés au marché pertinent défini à l'aide du TMH car la notion sous-jacente de substitution est au cœur des deux concepts :

« Par conséquent, lorsque l'on étudie combien l'incitation du monopoleur hypothétique à relever le prix d'un produit diffère des incitations qui s'exercent sur la société contrôlant ce produit avant la fusion, il est primordial de connaître le pourcentage des ventes unitaires perdues lors de l'augmentation de prix qui est récupéré par les autres produits contrôlés par le monopoleur hypothétique. »¹⁷⁹

Par ailleurs, le TMH repose sur l'hypothèse que la structure de coûts du monopoleur hypothétique ne change pas du fait de la fusion, qui correspond à l'hypothèse d'absence de gains d'efficacité du GUPPI. Le TMH cherche à déterminer si un monopoleur hypothétique désirent optimiser son bénéfice imposera une SSNIP au moins égale à S sur au moins l'un de ses produits. À l'inverse, le GUPPI tient compte de l'incitation ou du surcoût d'opportunité de la nouvelle entité à augmenter le prix, qui est ensuite convertie en une hausse de prix dont l'ampleur dépend de la courbure de la fonction de la demande ou du taux de répercussion des coûts. Les produits des entreprises constituent alors un marché pertinent si l'augmentation de prix optimisant le bénéfice imposée par la nouvelle entité est supérieure à la SSNIP. L'augmentation de prix optimisant le bénéfice pour chaque produit dans les cas linéaires et symétriques étant donnée par $GUPPI/2(1 - D)$, la condition pour que les deux produits constituent un marché pertinent est la suivante

$$\frac{GUPPI}{2(1 - D)} = \frac{Dm}{2(1 - D)} \geq S \Rightarrow D \geq \frac{2S}{2S + m},$$

où S désigne la SSNIP et m la marge. Si une part importante de la demande est récupérée par l'entité née de la fusion, il est rentable d'augmenter les prix, et les produits constituent un marché pertinent. La proportion même de la demande récupérée dépend de l'ampleur de la hausse de prix et de la marge. Si la marge est importante, la proportion de la demande devant être récupérée afin que la hausse de prix soit rentable sera plus faible. Veuillez noter que cette formule est identique à la condition dérivée pour la perte critique optimisant le bénéfice en cas de fonction de la demande linéaire, c'est-à-dire à la condition qu'un groupe de produits constitue un marché pertinent. Ici, D doit être pris comme le ratio de diversion agrégé, la part de la demande qui est récupérée par le monopoleur hypothétique.

Ainsi, semble-t-il, les indices apparemment nouveaux sont en réalité étroitement liés à la définition traditionnelle du marché pertinent basée sur une analyse de la perte critique. Cet élément peut avoir de l'importance lorsque l'on envisage d'adopter les indices de pression sur les prix en complément dans l'analyse des fusions. Cela montre en outre que la taille du marché délimité par le test SSNIP dépend de la forme de la courbe de la demande ou, en d'autres termes, des taux de répercussion des coûts.

5.1.6 Recherche empirique sur les indices de pression sur les prix

Les indices de pression sur les prix étant un concept relativement récent, la recherche empirique sur l'UPP et sur les autres mesures demeure limitée. Walker (2007) a publié des premiers travaux empiriques estimant les ratios de diversion nécessaires pour calculer la pression sur les prix ou prédire les augmentations de prix découlant d'une fusion. Walker emploie les données de deux fusions de chaînes de grande distribution (cinémas et librairies), étudiées par l'OFT et la CC britanniques (Vue / A3 Cinema et HMV / Ottakar's). Il arrive à la conclusion selon laquelle les données réunies par les autorités de la concurrence, comme les caractéristiques des marchés locaux, peuvent être utilisées afin de calculer les

¹⁷⁹

Shapiro (2011:751).

ratios de diversion pertinents. Il suggère que cette mesure permettrait de classer les fusions de chaînes de grande distribution selon les craintes qu'elles peuvent soulever en matière de concurrence. Selon lui, il est possible de dériver des seuils de ratio de diversion, mais il ajoute que ces seuils doivent être appréciés à la lumière d'autres éléments.

Zimmerman (2011) évalue la performance du filtre UPP par rapport à l'approche traditionnelle reposant sur le degré de concentration lorsque l'on utilise les parts de marché pour estimer les ratios de diversion. Dans le cadre de la coentreprise Marathon / Ashland Petroleum (grossiste et détaillant de carburant), il cherche à savoir si une part de marché reposant sur un filtre UPP permet de mieux prévoir les effets qu'un filtre reposant sur le degré de concentration, en étudiant notamment les erreurs de type I, c'est-à-dire les faux positifs, ou le fait de conclure qu'une fusion peut poser problème alors qu'elle n'entraîne au final pas d'augmentation des prix. Il compare les prédictions du filtre UPP et la situation tarifaire effective après la fusion dans la branche de vente de détail. L'approche fondée sur le degré de concentration aurait soulevé d'importantes inquiétudes sur le front de la concurrence car le marché est modérément concentré et l'opération aurait relevé l'IHH de 195. Toutefois, aucune augmentation des prix n'a été constatée après la fusion. Zimmerman montre que si l'on part de l'hypothèse de gains d'efficacité supérieurs ou égaux à 5 %, l'UPP est négative pour les deux produits. Le GUPPI (pas de gains d'efficacité) donne des valeurs faiblement positives (3,2 % et 2,4 %). Il conclut que le filtre UPP serait plus fiable que l'approche reposant sur le degré de concentration dans ce cas précis et que l'on pourrait même obtenir de meilleurs résultats encore en combinant l'approche marché pertinent / parts de marché avec les indices de pression sur les prix.

En étudiant les données de la fusion American West / US Airways, Cheung (2011) compare la performance d'un filtre UPP avec celle de l'approche basée sur la concentration et avec celle d'un modèle de simulation de fusions. Elle démontre que l'approche reposant sur le degré de concentration est un test plus sévère si l'on utilise les seuils d'IHH définis par les Lignes directrices américaines sur les fusions de 1992 et 2010. Il existe toutefois une légère corrélation positive entre l'augmentation de l'IHH et l'UPP escomptée, notamment en l'absence de gains d'efficacité. L'analyse par l'UPP et par la simulation de fusions donne des résultats largement identiques. Sans surprise, si l'on utilise le même modèle de la demande structurelle dans les deux cas, l'ampleur escomptée de l'augmentation de prix est similaire.

Filistrucchi *et al.* (2011) ont appliqué l'analyse par l'UPP à un marché biface. (2011). Ils étudient plusieurs fusions hypothétiques dans le marché de la presse aux Pays-Bas et comparent différentes approches pour prédire les effets unilatéraux de ces opérations. Ils évaluent l'approche par le degré de concentration à l'aide de l'IHH, se demandent si la nouvelle entité imposerait une augmentation de prix légère mais significative, estiment l'UPP et effectuent une simulation de fusion intégrale. L'approche par le degré de concentration ne tenant pas compte des effets de réseau indirects, les résultats de cette méthode contrastent avec les estimations de l'UPP, la SSNIP et la simulation de fusion. Selon la première approche, les fusions susciteraient des inquiétudes en matière de concurrence et requerraient une étude plus poussée. L'UPP, la SSNIP et les simulations de fusion ne montrent que de légers effets sur les prix pour les lecteurs ainsi que pour les annonceurs, sans qu'il y ait de différence importante entre les trois approches. La nature biface du marché a toutefois une incidence notable sur les résultats : si l'on ne tient pas compte de l'action compensatrice des effets de réseau indirects, comme c'est le cas avec l'IHH, l'évaluation des incitations tarifaires de la plateforme est erronée, ce qui conduit à surestimer les effets anticoncurrentiels de la fusion.

Les quelques publications empiriques dont nous disposons à ce jour montrent que les indices de pression sur les prix peuvent être employés dans la pratique et qu'ils semblent raisonnablement fiables par rapport à l'approche fondée sur les degrés de concentration. Par ailleurs, les résultats ne corroborent pas la préoccupation souvent soulevée selon laquelle l'UPP serait plus sévère que le filtre IHH¹⁸⁰. Bien que les

¹⁸⁰ Voir par exemple Simons et Coate (2010) ou Varma (2009). Cela ressort également d'affaires réelles. Voir par exemple l'affaire *Whole Foods/Wild Oats* aux États-Unis ou l'affaire *Thomas Cook/Co-operative*

premiers résultats soient prometteurs, il faut encore bien des recherches afin de déterminer la performance des filtres de pression sur les prix par rapport à l'approche structurelle reposant sur la concentration. C'est particulièrement important pour élaborer et ajuster les seuils du GUPPI ou de l'UPP.

5.2 Modèles de simulation de fusions

Les modèles de simulation de fusions sont employés dans l'analyse de la concurrence depuis une vingtaine d'années environ. Un modèle de simulation de fusion est un modèle d'oligopoles calibré de manière à ce que l'équilibre de Nash non coopératif reproduise les prix et les quantités observés dans le secteur. L'impact d'une fusion est simulé en calculant les nouveaux prix et les nouvelles quantités dans l'équilibre de Nash non coopératif après la fusion¹⁸¹. Les effets unilatéraux de la fusion sont déterminés en calculant l'écart de prix et de quantité entre l'équilibre en vigueur avant la fusion et celui opérant après la fusion¹⁸².

Les modèles de simulation de fusions et les indices de pression sur les prix sont liés mais plusieurs différences fondamentales les distinguent : tout d'abord, les indices de pression sur les prix ne font qu'indiquer si une fusion est susceptible d'entraîner une augmentation des prix, tandis que les modèles de simulation de fusions prédisent l'ampleur de la hausse de prix. Ce n'est que si les indices de pression sur les prix sont alliés à une fonction de la demande ou à un taux de répercussion des coûts qu'ils permettent d'estimer l'ampleur de l'augmentation de prix. Ensuite, les indices de pression sur les prix, y compris l'UPP*, reposent sur l'hypothèse que les sociétés étrangères à la fusion ne réagissent pas à l'évolution des prix pratiqués par la nouvelle entité. Il ne s'agit donc pas d'une approche d'équilibre. Dans un modèle de simulation de fusions, les réactions des concurrents étrangers à la fusion sont en revanche explicitement prises en compte, faisant de la simulation de fusion une approche d'équilibre¹⁸³. Troisièmement, les modèles de simulation de fusions sont un outil bien plus souple que les indices de pression sur les prix, puisqu'ils reflètent des comportements concurrentiels de la part de la nouvelle entité portant sur d'autres dimensions que le prix ou les quantités¹⁸⁴. De plus, le modèle peut tenir compte de réactions telles que le repositionnement de produits, l'entrée sur le marché où la sortie du marché par les concurrents. Les modèles de simulation de fusions peuvent également être employés pour divers types de concurrence, par exemple dans des marchés à la Cournot, mais également pour simuler des marchés fonctionnant par appels d'offres¹⁸⁵. En outre, les modèles de simulation de fusions peuvent permettre d'analyser l'effet des mesures correctrices, comme les désengagements partiels¹⁸⁶.

Group/Midland's Co-operative au Royaume-Uni, qui montrent que le recours à l'UPP ou au GUPPI peut être, selon les cas, plus sévère ou moins sévère que les approches fondées sur l'IHH.

¹⁸¹ On postule généralement qu'il n'existe qu'un seul équilibre avant et après la fusion.

¹⁸² Ces derniers temps, malgré certains problèmes fondamentaux au niveau conceptuel, les modèles de simulation de fusions ont récemment été employés afin de prévoir les effets coordonnés d'une fusion. À l'heure actuelle, la meilleure méthode disponible pour prévoir les effets coordonnés semble être une approche reposant sur la définition du marché pertinent et les mesures de concentration ainsi que sur l'identification des francs-tireurs.

¹⁸³ D'un point de vue conceptuel, cette différence rejoint celle qui distingue le test SSNIP du test FERM dans la définition du marché pertinent.

¹⁸⁴ Noel (2011).

¹⁸⁵ Pour une brève étude des simulations de fusions dans les marchés fonctionnant par appels d'offres, voir Froeb et Werden (2008:70) ou Budzinski et Ruhmer (2009:292f.).

¹⁸⁶ Les modèles de fusions présentent un avantage souvent mis en avant, à savoir la reconnaissance explicite des gains d'efficacité. Si l'on dispose d'informations sur les gains d'efficacité escomptés d'une fusion, il peut toutefois être également facile de les intégrer aux indices de pression sur les prix.

Pour effectuer une véritable simulation de fusions, il faut de nombreuses données. Des systèmes de la demande doivent avoir été estimés dans un cadre économétrique, ou bien le comportement de demande des consommateurs doit avoir fait l'objet d'hypothèses permettant de se rapprocher le plus possible du comportement effectif observé. Le modèle doit être calibré en fonction des données et il faut tenir compte de l'offre, c'est-à-dire émettre des hypothèses sur le processus concurrentiel et les fonctions de coût des sociétés. Il faut ensuite vérifier la cohérence interne ainsi qu'externe du modèle de simulation avec les informations actuelles et passées du secteur, avant de pouvoir enfin calculer l'équilibre après la fusion. Par conséquent, une simulation de fusion précise est un exercice difficile et très long qui doit reposer sur les caractéristiques spécifiques du marché¹⁸⁷. Ainsi, une analyse détaillée de la fusion est indiquée surtout lorsque des filtres initiaux laissent présager de graves atteintes à la concurrence¹⁸⁸.

L'analyse par simulation de fusions ne peut être considérée comme une alternative ou un substitut au filtre initial de définition du marché pertinent et ne fera donc pas l'objet d'une étude plus poussée ici. Il se pose néanmoins la question de savoir si des versions simplifiées des modèles de simulation de fusions peuvent éventuellement être employées comme tests diagnostiques initiaux de manière similaire aux filtres de pression sur les prix. Bien qu'il semble y avoir une différence importante entre les indices de pression sur les prix et un véritable modèle de simulation de fusions, l'écart entre les deux approches se restreint dès lors que les indices de pression sur les prix sont combinés à une fonction de la demande ou à un taux de répercussion des coûts afin d'estimer l'ampleur de l'augmentation de prix découlant d'une fusion, et si l'approche générale d'équilibre des modèles de simulation de fusions est abandonnée, ce qui permet aux prix des concurrents de rester fixes. En effet, dans un modèle de simulation de fusions, le taux de répercussion des coûts est déterminé implicitement par le choix du système de demande, et devient par conséquent équivalent au taux de répercussion des coûts dérivé dans le contexte des indices de pression à la hausse sur les prix, tant que la fonction de la demande sous-jacente demeure la même.

Le modèle ALM (*Antitrust Logit Model*) ou le PCAIDS (*Proportionally Calibrated Almost Ideal Demand System*) ont par exemple été proposés afin d'estimer les effets d'une fusion sur les prix sans que l'analyse ne requière trop de données. Dans ces modèles, les ratios de diversion sont proportionnels aux parts de marché. Comme l'ont souligné Froeb et Werden (2011:18), ces modèles de simulation de fusions simples sont appropriés pour servir de filtre initial. Si l'on part du principe que les ratios de diversion sont proportionnels aux parts de marché, comme le font l'ALM ou le PCAIDS, des informations sur les parts de marché, l'élasticité-prix de la demande d'un produit (ou la marge d'une société) et une estimation de l'élasticité-prix de la fonction de la demande agrégée sont suffisantes pour calibrer le modèle. Les marges des autres sociétés ou les autres élasticités peuvent être estimées grâce à la condition d'équilibre du modèle d'oligopole. En l'espèce, les données sont remplacées par des hypothèses¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Bien que l'on ait recours au modèle de simulation de fusions depuis environ 20 ans, la fiabilité des prédictions demeure un problème. Tout comme l'ont montré Peters (2006) concernant les fusions dans le secteur du transport aérien, Weinberg et Hoskens (2008) s'agissant de deux fusions réalisées sur les marchés des biens de consommation de marque et Weinberg (2011) pour la fusion Tambrands-Procter & Gamble, les modèles de simulation des fusions ne peuvent que modérément prédire les effets factuels des fusions sur les prix. Une analyse récente de la fusion Hyundai-Kia par Yoshimoto (2012) a montré que la simulation permettait de prévoir raisonnablement bien les effets à court terme sur les prix, même si de fortes disparités sont apparues. Ces disparités pourraient être dues au fait que les modèles de simulation des fusions n'ont pas pris en compte certaines évolutions du coût marginal ou des préférences des consommateurs. On peut donc en conclure que des travaux supplémentaires doivent être menés, notamment en évaluant les fusions *ex post*. La même remarque vaut également pour les autres méthodes permettant de prédire les effets des fusions.

¹⁸⁸ Baker (2011).

¹⁸⁹ Froeb et Werden (2011:18).

Puisque les prédictions d'augmentation des prix des modèles de simulation de fusions dépendent des systèmes de la demande présumés, et donc des taux de répercussion des coûts, Hausman (2010) suggère d'effectuer deux simulations, l'une avec une fonction de la demande linéaire et la seconde avec une fonction de la demande isoélastique, afin de dériver le seuil et le plafond d'augmentation de prix des produits de la nouvelle entité. Son hypothèse reposant sur des sociétés asymétriques, les augmentations de prix peuvent varier entre les produits. Selon lui, les augmentations de prix des produits doivent être pondérées des parts de marché, et l'opération n'est préoccupante que si l'augmentation moyenne des prix des produits est importante.

Ainsi, des modèles de simulation de fusions simples pourraient être jugés similaires aux indices de pression sur les prix. Les modèles de simulation pourraient donc remplacer ou compléter la définition du marché pertinent. En cas de produits tous autant différenciés, l'information sur les parts de marché peut être combinée à des informations sur les marges et les élasticités de la demande agrégée, ce qui peut livrer de meilleurs résultats que si l'on se limite aux informations sur les parts de marché. Du fait de leur simplicité, ces modèles n'ont pas pour prétention d'estimer précisément l'ampleur des effets d'une fusion sur les prix. Ils peuvent toutefois être utiles pour identifier les fusions à étudier de plus près.

5.3 *Approche fondée sur les effets directs dans les affaires de monopolisation et d'abus de position dominante*

Comme il a été montré à la section 3.2.4, le marché pertinent a deux objectifs dans les affaires d'abus de position dominante relevant du droit communautaire : tout d'abord, il est employé afin de déterminer si une société dispose d'un important pouvoir de marché, c'est-à-dire d'une position dominante ou d'un monopole. Dans un deuxième temps, s'il a été établi que l'entreprise dispose d'un important pouvoir de marché ou d'une position dominante, les parts de marché sont utilisées pour aider à confirmer ou infirmer un comportement anticoncurrentiel présumé, un rôle qui rejoint celui du marché pertinent dans les affaires de monopolisation aux États-Unis.

Dans le droit de la concurrence communautaire, une société est réputée détenir une position dominante si elle peut « ... faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs... »¹⁹⁰. En droit de la concurrence américain, une société est jugée détenir un pouvoir de monopole si elle a « ...le pouvoir de contrôler les prix et d'exclure la concurrence. »¹⁹¹ La détention d'une position dominante ou d'un pouvoir de monopole n'est pas illégale en soi, car elle peut découler du fait que la société est plus efficiente que ses concurrents, offre de meilleurs produits qu'eux ou les a supplantés par d'autres moyens légitimes. Néanmoins, les entreprises dominantes ont généralement à leur disposition un arsenal plus large d'instruments leur permettant d'abuser de leur pouvoir de marché pour exclure leurs concurrents. En outre, la persistance d'une position dominante ou d'un pouvoir de monopole doit être évaluée à la lumière des barrières à l'entrée et à l'expansion des activités ou du pouvoir compensateur des acheteurs. Par exemple, si les barrières à l'entrée sont faibles et si les concurrents marginaux peuvent accroître leur offre, il est possible qu'une position dominante ne dure pas et les tentatives d'augmentation des prix au-delà du niveau concurrentiel seraient contrecarrées par l'entrée sur le marché ou la substitution au niveau de l'offre.

Pour déterminer si une société détient une position dominante ou un pouvoir de monopole à l'aide de sa part de marché, il est nécessaire de délimiter le marché pertinent. Comme on l'a vu à la section 3.2.4., il existe une différence entre le fait de définir un marché en vue de constater l'existence d'une position dominante et la nécessité de délimiter un marché afin d'analyser d'éventuels effets anticoncurrentiels.

¹⁹⁰ Affaire 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG contre la Commission* (1979), Recueil 461 (38).

¹⁹¹ *États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co.* (Cellophane), 351 US. 377, 391 (1956).

Dans ce dernier cas, lorsque la société en position dominante a déjà fait un usage abusif de son pouvoir de marché afin d'accroître le prix au-delà du niveau concurrentiel, en d'autres termes s'il a déjà été porté atteinte à la concurrence, il est difficile de définir le marché pertinent car il faut estimer le prix fictif pour effectuer le TMH. Autrement, le comportement de substitution des consommateurs serait évalué à un prix déjà supérieur au niveau concurrentiel, les frontières délimitant les marchés seraient trop vastes et les parts de marché sous-estimeraient le pouvoir de marché de la société. Lorsque le préjudice est envisagé sous l'angle prospectif, toutefois, l'analyse se réfère aux effets futurs du comportement anticoncurrentiel présumé et le prix alors en vigueur doit être utilisé comme point de départ afin de délimiter le marché pertinent¹⁹².

Aux États-Unis, les tribunaux ont déterminé qu'un pouvoir de monopole ne pouvait être établi que lorsque les parts de marché étaient largement supérieures à 55 % et, dans les faits, le seuil semble être à 70 %¹⁹³. Quoiqu'il en soit, des parts de marché inférieures à 50 % étaient bien souvent considérées comme insuffisantes pour inférer un pouvoir de monopole¹⁹⁴.

Dans l'Union européenne, une société est généralement réputée détenir une position dominante si sa part de marché est supérieure à 40 % ou 50 %. En Allemagne, les seuils sont encore inférieurs, puisqu'une société est réputée être en position dominante si sa part de marché est supérieure à 33 %. On considère que les sociétés détenant une part de marché supérieure à ces seuils, c'est-à-dire les sociétés en position dominante, ont « une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par [leur] comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun. »¹⁹⁵ Pour ces entreprises, certains types de comportement étaient presque interdits en soi, comme les remises fidélité, les tarifs inférieurs aux coûts variables, la discrimination par les prix etc. Une analyse précise, au cas par cas, des effets de ces pratiques n'était généralement pas jugée nécessaire et une pratique était généralement jugée illicite essentiellement selon la forme qu'elle prenait. Cette approche repose sur l'hypothèse implicite selon laquelle une certaine pratique, dès lors qu'elle est adoptée par une société en position dominante, aura nécessairement des effets anticoncurrentiels¹⁹⁶. La position dominante était donc traitée comme une variable binaire – si la part de marché est supérieure au seuil, la société détient une position dominante, dans le cas contraire, elle ne détient pas de pouvoir de marché notable et la pratique n'a pas d'effet anticoncurrentiel. La manière

¹⁹² Comme on l'a vu, la définition du marché pertinent, qu'elle soit rétrospective ou prospective, se distingue de la délimitation du marché pertinent destinée à déterminer la position dominante, puisque cette dernière repose sur le coût différentiel moyen à long terme (LRAIC). Bien que cela ne soit généralement pas fait dans la pratique, la théorie suggérerait paradoxalement que les frontières du marché pertinent délimité afin d'établir une position dominante soient différentes de celles permettant d'analyser les effets anticoncurrentiels. Il s'agit là clairement d'un vestige d'une époque où une position dominante et la mise en évidence de certains comportements étaient jugés suffisants pour démontrer un abus. Bien que de nos jours la définition du marché pertinent soit utilisée pour déterminer si une société détient ou non une position dominante, son rôle est plus restreint dans l'analyse des effets, comme le montre l'exemple simple ci-dessous.

¹⁹³ Ministère de la Justice américain (2009:21). Ce document a été retiré.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Affaire 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV contre la Commission* (1983), Recueil 3461 (*Michelin I*).

¹⁹⁶ Cette approche tire son origine dans l'école ordolibérale allemande et sa position très sceptique sur le pouvoir économique, pour des raisons à la fois d'efficacité, mais aussi et surtout politiques. Voir Maier-Rigaud (2012). Dans une certaine mesure, l'idée selon laquelle la position dominante en elle-même est déjà révélatrice d'éventuelles atteintes au droit de la concurrence émane aussi du paradigme structure-comportement-performance (SCP). Pour une étude générale de l'évolution du droit de la concurrence aux États-Unis et dans l'Union européenne, avec une section sur le droit de la concurrence allemand, voir Kerber et Schwalbe (2008).

d'aborder l'article 102 du TFUE a depuis lors changé et l'on observe désormais les effets pour déterminer si un comportement est abusif lorsqu'on établit une position dominante¹⁹⁷.

La position dominante est toutefois affaire de degré. En effet, l'impact de telle ou telle pratique peut largement varier selon le pouvoir de marché dont dispose la société. À titre d'exemple, les ventes liées réalisées par une société détenant 50 % du marché auront généralement un effet différent sur les concurrents et les consommateurs de celui de la même pratique adoptée par une société détenant 90 % du marché. En règle générale, plus une société dispose d'un pouvoir de marché important, plus elle a de possibilités et de motivations à abuser de sa position dominante. Dans des circonstances particulières, toutefois, une société détenant moins de 50 % du marché peut détenir un pouvoir de marché important. « Les indicateurs structurels qui servent traditionnellement à refléter une « position dominante » sont une mesure appropriée du pouvoir sur certains marchés, mais pas sur d'autres. Dans un marché où ces indicateurs ne mesurent pas correctement la capacité de l'entreprise à imposer un comportement abusif aux autres, une intervention de l'autorité de la concurrence sur les modes de procédure traditionnels sera vraisemblablement inappropriée, trop sévère dans certains cas et trop laxiste dans d'autres. »¹⁹⁸ Par conséquent, déterminer si une société détient une position dominante ou un monopole à l'aide d'un simple seuil de part de marché semble inapproprié. En adoptant le concept de « position dominante écrasante » en cas de parts de marché très élevées, avoisinant un niveau monopolistique, l'UE a implicitement reconnu que, compte tenu de la position dominante, le pouvoir de marché exercé peut avoir son importance¹⁹⁹.

Ainsi, la seule approche fondée sur le marché pertinent / les parts de marché est insuffisante pour évaluer si une société détient un important pouvoir de marché. De vastes parts de marché peuvent être un premier indicateur mais il convient d'étudier d'autres facteurs comme les barrières à l'entrée et à l'expansion des activités, la substitution de l'offre d'un concurrent marginal ou le pouvoir compensateur des acheteurs.

Plutôt que d'évaluer la position dominante ou le pouvoir de monopole de manière indirecte, il a été suggéré de mesurer directement le pouvoir de marché. Comme on l'a vu à la section 2.2, il est généralement difficile d'évaluer directement le pouvoir de marché en estimant l'élasticité de la fonction de la demande (résiduelle) ou d'analyser la rentabilité de la société afin de déterminer si elle a généré un bénéfice supra-concurrentiel. « En bref, les preuves directes des bénéfices, des marges ou des élasticités de la demande d'une entreprise sont peu susceptibles de remplacer précisément ou de manière fiable l'approche traditionnelle qui consiste à tout d'abord délimiter le marché pertinent et ensuite étudier les parts de marché et les conditions d'entrée lorsque l'on tente d'établir si l'entreprise détient un pouvoir de monopole. »²⁰⁰

Utiliser le marché pertinent et les parts de marché comme indicateur des effets d'une certaine pratique commerciale sur la concurrence soulève également des problèmes. Dans certains cas, il peut y avoir une corrélation positive entre la part de marché et les effets d'une pratique commerciale. Par exemple, un refus de vente aura généralement un effet moindre s'il émane d'une société détenant 35 % du marché que s'il émane d'une société à la position dominante écrasante. Cela étant, une pratique commerciale donnée a des effets à la fois favorables et défavorables sur la concurrence et les effets prépondérants dépendent des circonstances de chaque affaire. À titre d'exemple, une société en position dominante peut pratiquer un rabais rétroactif afin d'exclure ses rivales en créant un effet d'aspiration qui réduit la demande pour les

¹⁹⁷ Commission européenne (2009).

¹⁹⁸ EAGCP (2005:14).

¹⁹⁹ Szyszczak (2011).

²⁰⁰ Voir ministère de la Justice américain (2009:29). Ce document a été retiré.

concurrents²⁰¹. En revanche, ce même rabais pourrait inciter les distributeurs des produits des entreprises à vendre de manière plus efficiente. L'effet économique ne dépend donc pas de la taille de la part de marché mais des caractéristiques particulières du marché sur lequel cette pratique est employée, et les parts de marché ne peuvent être considérées que comme un indicateur peu fiable des effets concurrentiels. Il semble donc plus approprié d'adopter une approche reposant sur les effets économiques d'une pratique.

En délimitant le marché pertinent et les parts de marché qui en résultent, on obtient donc des informations importantes pour évaluer la position dominante ou le pouvoir de monopole. Ces informations ne sont toutefois pas suffisantes pour inférer l'existence d'une position dominante ou d'un pouvoir de monopole et elles doivent être conjuguées à d'autres indicateurs comme la substitution de l'offre, les barrières à l'entrée, etc., afin d'aboutir à une appréciation fiable de la position dominante ou du pouvoir de monopole. En effet, lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets économiques des pratiques commerciales, on ne connaît pas, *a priori*, la valeur informative des parts de marché.

Plutôt que d'évaluer indirectement le pouvoir de monopole ou la position dominante en délimitant un marché pertinent, en mesurant les parts de marché et en combinant ces informations avec des données sur les caractéristiques du marché, il a été suggéré d'employer une « approche directe fondée sur les effets ». Cette méthode omettrait l'étape de délimitation du marché dans l'analyse et déduirait l'existence d'un pouvoir de marché à l'aide de preuves directes de comportements abusifs. « S'il a été démontré que le comportement d'une société en position dominante a porté atteinte à la concurrence, il est possible de se reposer uniquement sur cette preuve et de se dispenser entièrement de définir un marché pertinent. »²⁰²

Dans le contexte européen où cette approche a été proposée pour la première fois, cela reviendrait à réunir au sein d'une seule et même méthode les deux étapes que sont la définition d'un marché pertinent pour déterminer l'existence d'une position dominante et l'évaluation des effets économiques d'une pratique. Le groupe consultatif économique pour la politique de concurrence (EAGCP) de la Direction générale de la concurrence a suggéré une approche similaire :

« Si une approche par les effets fait état de manière cohérente et vérifiable d'une atteinte notable à la concurrence, cela constitue en soi une preuve de position dominante. Les méthodes traditionnelles employées pour établir l'existence d'une position dominante à l'aide d'informations sur la structure de marché ne peuvent servir qu'à estimer la « position dominante » proprement dite c'est-à-dire la capacité à exercer un pouvoir et à imposer un comportement abusif aux autres acteurs du marché. Si une approche fondée sur les effets apporte la preuve d'un abus qui ne serait possible sans position dominante, la position dominante ne devrait pas avoir à être démontrée par quelque autre moyen distinct – en l'absence de démonstration distincte de la position dominante, on peut toutefois exiger que l'abus soit clairement établi en observant des critères de preuve très rigoureux. »²⁰³

Bien qu'elle soit convaincante d'un point de vue conceptuel, cette approche fondée sur les effets pourrait en pratique soulever des problèmes en matière de certitude juridique (voir la section 6)²⁰⁴.

²⁰¹ Voir par exemple Inderst et Schwalbe (2009) ou Maier-Rigaud (2006).

²⁰² Voir ministère de la Justice américain (2009:30). Ce document a été retiré.

²⁰³ EAGCP (2005:14).

²⁰⁴ Les auteurs n'ayant connaissance d'aucune affaire pour laquelle les autorités auraient procédé, dans les faits, à deux procédures distinctes de définition du marché, l'une en vue d'établir la position dominante, l'autre afin d'en évaluer les effets, la pratique actuelle semble déjà suivre cette approche dès lors que la définition du marché est jugée faire partie intégrante d'une analyse des effets.

Que l'approche directe fondée sur les effets, qui permettrait purement et simplement de se dispenser de définir le marché, comme l'a suggéré l'EAGCP, puisse efficacement se substituer à l'approche indirecte consistant à évaluer la position dominante en délimitant le marché pertinent et les parts de marché dépend du fait que l'on puisse ou non établir la preuve de l'abus et que l'on dispose en ce sens de suffisamment d'éléments que l'on ne peut interpréter différemment²⁰⁵. Dans les affaires où il existe des preuves directes d'effet anticoncurrentiel, il devrait toutefois être possible de se passer de la définition du marché pertinent.

5.4 Outils et méthodes alternatifs – Conclusions

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les divers outils et méthodes récemment évoqués comme solutions alternatives à la définition d'un marché pertinent peuvent permettre de mieux évaluer les effets concurrentiels des fusions ou un comportement anticoncurrentiel. Force est toutefois de reconnaître que ces outils, notamment les indices de pression sur les prix, ont été conçus pour répondre à des cas particuliers dans le cadre desquels l'approche fondée sur le degré de concentration n'est pas d'une grande utilité. C'est par exemple le cas dans les marchés où la concurrence s'exerce sur les prix et les produits sont différenciés – des marchés dans lesquels on redoute avant tout des effets unilatéraux sur la concurrence. Dans d'autres circonstances, comme dans le cas de marchés sur lesquels la concurrence s'exerce sur les quantités ou encore lorsque les effets coordonnés d'une fusion sont au premier plan des préoccupations, ces outils peuvent entraîner des prédictions erronées²⁰⁶.

Avant de décider quel outil employer, une autorité de la concurrence doit donc étudier la nature de la concurrence dans le secteur et choisir l'outil le plus adapté pour analyser le jeu de la concurrence²⁰⁷. Si le secteur est caractérisé par un produit homogène et une concurrence sur les quantités ou les capacités de production, il peut être décrit par un modèle de Cournot. Dans ce cas, l'évaluation des effets d'une fusion sur la concurrence peut raisonnablement se faire en définissant un marché pertinent, en attribuant des parts de marché et en mesurant le degré de concentration ainsi que la variation de l'IHH. Ce serait également le cas si les effets coordonnés étaient au premier rang des préoccupations concurrentielles, auquel cas le degré de concentration et l'identification des acteurs du marché ainsi que des éventuels francs-tireurs sont importants. Si la fusion s'opère dans un secteur aux produits différenciés, dans lequel la concurrence s'exerce sur les prix et où la principale préoccupation est une augmentation des prix à court terme, un modèle de Bertrand permettra sans doute mieux d'en rendre compte et l'on peut envisager d'employer un indice de pression sur les prix ou les réductions compensatoires du coût marginal, puisque sur un tel marché, ces indicateurs peuvent être jugés plus fiables qu'une approche fondée sur le degré de concentration²⁰⁸.

Si le secteur fonctionne par appels d'offres, la proximité de la concurrence entre les parties à la fusion peut être un facteur plus important que leurs parts de marché et il convient de se concentrer sur les éventuels effets unilatéraux²⁰⁹. Dans ce cas, il est possible d'utiliser des analyses de fréquence ou de gains / pertes afin d'évaluer les effets unilatéraux possibles d'une fusion. En principe, il est toutefois important de commencer l'analyse en délimitant le marché pertinent puisqu'il faut déterminer quels sont

²⁰⁵ Voir ministère de la Justice américain (2009:30). Ce document a été retiré.

²⁰⁶ Doane *et al.* (2010), Froeb et Werden (2011).

²⁰⁷ L'intensité de la concurrence observée sur un marché pourrait servir à trouver le modèle le plus adapté pour caractériser le secteur, que la concurrence s'exerce sur les quantités ou sur les prix.

²⁰⁸ Pour cela, le calcul des indicateurs doit être cohérent avec les caractéristiques de l'affaire, c'est-à-dire que si les ratios de diversion entre deux produits divergent, il ne faut pas utiliser la formule simple qui ne s'applique qu'aux cas de symétrie.

²⁰⁹ Si les soumissionnaires d'un marché sont peu nombreux, on peut alors également craindre des effets coordonnés.

les concurrents. De la même manière, dans les marchés bifaces, il ne semble actuellement pas opportun d'employer une approche fondée sur les ratios de diversion sans délimiter le marché pertinent. En effet, du fait des effets de réseau indirects sur les marchés bifaces, il est bien plus compliqué d'y estimer les ratios de diversion que dans un marché uniface.

Les outils qu'une autorité de la concurrence peut employer dépendent naturellement des informations dont elle dispose. Les divers outils utilisés requièrent un volume et des types d'informations différents, selon leur degré de complexité. L'IHH nécessite d'avoir des informations sur les parts de marché des acteurs et repose sur la définition d'un marché pertinent. Le GUPPI requiert des informations sur les marges et les parts de marché si l'on estime les ratios de diversion à l'aide des parts de marché relatives des parties à la fusion. Dans ce cas, la définition du marché pertinent et le GUPPI sont complémentaires. Si l'on dispose d'informations directes sur les ratios de diversion et les marges, il est possible de se passer du marché pertinent et d'utiliser le GUPPI pour évaluer directement la pression sur les prix. Dans ce cas, la définition du marché pertinent et le GUPPI peuvent être considérés comme substituables. Si l'on dispose d'informations sur les marges, les ratios de diversion (ou les parts de marché) et les gains d'efficacité, il est possible d'employer l'UPP, l'UPP* ou les réductions compensatoires du coût marginal. Si l'on dispose en outre d'informations sur la fonction de la demande, ou si les autorités de la concurrence sont prêtes à émettre des hypothèses sur la forme de cette fonction, il est possible de prédire l'ampleur de l'augmentation de prix en combinant les indices de pression sur les prix avec les taux de répercussion des coûts respectifs ou en employant de simples modèles de simulation de fusions. D'un autre côté, la nature de la concurrence peut également indiquer quel type d'informations les autorités de la concurrence doivent réunir. Ainsi, dans certaines conditions plutôt restrictives, ces nouvelles méthodes peuvent être considérées comme des solutions alternatives à la définition du marché pertinent dans la première étape d'une analyse de fusion. Mais même dans ces cas et mises à part les exigences juridiques, la définition du marché pertinent demeurera une première étape importante et utile pour analyser la concurrence car il est possible d'utiliser les parts de marché pour estimer des ratios de diversion qui peuvent être combinés aux marges ou aux gains d'efficacité escomptés et ainsi permettre d'utiliser des indices de pression sur les prix, d'estimer les réductions compensatoires du coût marginal ou d'effectuer une simple simulation de fusion.

Tous ces instruments récemment mis au point, qu'ils complètent ou remplacent la définition du marché pertinent, ont été conçus afin de servir de filtre initial dans une analyse de fusion pour déceler les opérations de rapprochement qui pourraient se révéler préoccupantes pour la concurrence et doivent être étudiées plus attentivement. Ils ne sont pas destinés à prédire les effets concurrentiels finaux d'une fusion. Pour analyser les effets concurrentiels d'une fusion en profondeur, il faut évaluer bien d'autres facteurs concurrentiels, comme le repositionnement des produits, les barrières à l'entrée ou à l'extension de l'activité, le pouvoir compensateur des acheteurs, les investissements en recherche et développement et bien d'autres encore. Cela étant, cette analyse approfondie n'intervient qu'après avoir établi que la fusion doit être surveillée de plus près.

De nombreux auteurs redoutent dans leurs publications que l'application du droit de la concurrence en matière de fusions ne devienne bien plus stricte qu'avec l'approche fondée sur la concentration, qui repose sur le niveau et la variation de l'IHH. À l'aide de simulations de fusions hypothétiques, certains ont tenté de démontrer que le filtre UPP aurait amené à surveiller un nombre bien plus important de d'opérations de fusion que le filtre IHH²¹⁰. Certaines des simulations de fusion reposent néanmoins sur des combinaisons de marges et de ratios de diversion peu plausibles. Il faut également tenir compte du fait que les indices de pression sur les prix ne s'appliquent qu'aux fusions s'opérant dans des secteurs aux produits différenciés et où la concurrence s'exerce sur les prix, secteurs dans lesquels les effets unilatéraux sont aux premiers rangs des préoccupations. Il faudra généralement appliquer la procédure habituelle aux fusions s'opérant dans les autres secteurs ou lorsque les effets coordonnés sont le principal point de préoccupation, même si de

²¹⁰ Simons et Coate (2010), Varma (2009).

nouveaux outils ont été pleinement adoptés. Par conséquent, la politique de la concurrence en matière de fusions pourrait évoluer car certaines fusions qui n'auraient pas été surveillées avec l'IHH auraient attiré l'attention, et *vice versa*. C'est notamment vrai si des informations indépendantes des ratios de diversion sont disponibles et si ces ratios de diversion entre produits diffèrent largement du ratio des parts de marché²¹¹. De manière générale, il ne paraît toutefois pas plausible d'associer de nouveaux outils à un renforcement ou, au contraire, à un assouplissement du régime de contrôle des fusions.

Employer des outils nouveaux et peu familiers peut entraîner un certain degré d'incertitude quant à leur application et aux résultats qu'ils vont livrer. Ces outils sont toutefois relativement intuitifs ; ils reposent sur les incitations à accroître le prix après une fusion, lesquelles dépendent de la valeur des ventes reportées sur d'autres produits de la nouvelle entité. Afin de réduire ce degré d'incertitude, il est possible de mettre en place des zones de sécurité pour les indices de pression sur les prix. Il a été suggéré d'utiliser un GUPPI de 5 % comme zone de sécurité car cela entraînerait – en cas de fonction de la demande linéaire – une augmentation de prix de 2,5 %.

Pour ce qui est de définir le marché pertinent dans les cas d'abus de position dominante ou de monopolisation, l'approche fondée sur les effets directs ne saurait être appliquée uniformément quel que soit le cas et ainsi remplacer la délimitation du marché pertinent. Cette étape de l'analyse de la concurrence ne peut être omise que s'il existe des preuves claires et vérifiables qu'une pratique produit des effets anticoncurrentiels. Dans le cas contraire, la définition du marché pertinent – malgré les problèmes qu'elle soulève, notamment en cas de préjudice antérieur à l'analyse – apporte des informations utiles et permet d'apprécier le comportement abusif présumé de manière cohérente.

Pour résumer, on peut dire que, dans certaines circonstances, il est possible de se passer de la définition du marché pertinent comme première étape d'une analyse de la concurrence, car les indices de pression sur les prix, par exemple, pourraient constituer un meilleur filtre que l'approche traditionnelle fondée sur le degré de concentration. Dans de nombreux cas, toutefois, la définition du marché pertinent demeurera un filtre initial important et utile, ainsi qu'un outil permettant de poser les jalons d'une analyse de la concurrence plus poussée. Ainsi, pour s'inspirer d'une phrase célèbre de Mark Twain : « L'annonce de la mort du marché pertinent est grandement exagérée²¹². »

6. Le concept de marché pertinent : aspects juridiques

Les sections précédentes ont non seulement permis de donner un aperçu des méthodes utilisées pour définir un marché pertinent et d'en expliciter les fondements économiques (section 2 et 3), puis d'évoquer certaines des conditions dans lesquelles l'application correcte de ces méthodes est particulièrement difficile et le caractère potentiellement problématique des résultats, dans la mesure où les parts de marché ne sont pas toujours un indicateur fiable du pouvoir de marché (section 4), mais aussi de présenter brièvement les approches et outils alternatifs mis au point par les économistes ces 20 dernières années afin de mesurer le pouvoir de marché et la probabilité des effets anticoncurrentiels.

Dans toute analyse concurrentielle, la question fondamentale est de savoir si une opération ou un comportement donné produisent des effets anticoncurrentiels. Le concept de marché pertinent tel que présenté aux sections 2 et 3 ne représente généralement qu'une première étape dans cette analyse. Il est déterminant dans le sens où il permet le calcul des parts de marché, lesquelles permettent généralement aux autorités de la concurrence de déduire l'existence d'un pouvoir de marché. Cela explique que le paradigme

²¹¹ Froeb et Werden (2011).

²¹² Après avoir appris que le New York Journal avait fait paraître sa nécrologie, Mark Twain aurait déclaré : « l'annonce de ma mort est grandement exagérée ».

de marché pertinent / de pouvoir de marché soit l'une des questions les plus controversées du droit de la concurrence dans chaque particulier²¹³.

On ne peut nier qu'il existe un certain nombre de scénarios dans lesquels la définition de marché est problématique²¹⁴ ; pour répondre aux problèmes qui subsistent dans l'évaluation des cas particuliers, les économistes ont imaginé des outils susceptibles de contribuer à mieux évaluer les effets, sur la concurrence, d'une pratique ou d'une opération faisant l'objet d'une enquête. Dans l'hypothèse où les autorités de la concurrence et les tribunaux peuvent disposer facilement de toutes les informations requises leur permettant d'évaluer directement les effets ou donnant une indication initiale des préjudices en termes concurrentiels, une telle évaluation directe serait préférable à une approche indirecte fondée sur la définition de marché²¹⁵. Dans ces circonstances, l'on peut donc se demander si la définition d'un marché pertinent reste un indicateur utile et nécessaire du pouvoir de marché, ou une méthode judicieuse de filtrage des affaires. La question comporte à la fois un volet juridique et un volet économique.

Le débat sur le rôle changeant, et potentiellement moindre, de la définition de marché et son possible remplacement par d'autres outils a surtout mis l'accent sur les aspects économiques, et en particulier les propriétés et la prétendue suprématie analytique des solutions alternatives par rapport au paradigme de marché pertinent / de part de marché. Les conséquences juridiques potentielles d'une évolution aussi importante n'ont cependant pas réellement retenu l'attention dans ce débat²¹⁶. Si l'analyse des aspects juridiques reste surtout conceptuelle, les observations formulées ci-dessous devraient alimenter le débat actuel en offrant une analyse objective des implications juridiques que pourrait avoir l'acceptation de nouveaux outils parallèlement au concept de marché pertinent. Cette section met en évidence les questions spécifiques que les autorités de la concurrence et les tribunaux doivent prendre en compte lorsqu'ils adoptent d'autres outils pour remplacer ou compléter la traditionnelle définition de marché pertinent.

Un débat juridique est particulièrement important du fait que la notion de « marché pertinent » est désormais communément utilisée dans la quasi-totalité des pays où il existe un droit de la concurrence. En fonction de l'importance accordée à la définition de marché dans le droit de la concurrence, l'adoption d'autres méthodes peut nécessiter, de la part des juristes, économistes et législateurs, une redéfinition de la manière dont l'analyse de la concurrence est et doit être menée. Comme le suggère la discussion qui précède, une approche radicalement modifiée, qui pourrait se traduire par un abandon pur et simple du concept, reste de l'ordre de la vague possibilité. Toutefois, le seul fait de compléter la notion de marché pertinent par d'autres méthodes, ou sa substitution dans des circonstances spécifiques, exige déjà que l'on comprenne dans quelle mesure la définition d'un marché pertinent est inextricablement ancrée dans le

²¹³ Pour l'Union européenne, voir par exemple la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O. [1997] C 372. « La délimitation du marché en cause, tant au niveau des produits qu'au niveau de sa dimension géographique, a souvent une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence » Pour les États-Unis, voir Pitofsky (1990) : « Les spécialistes du droit de la concurrence savent depuis longtemps que la question la plus épineuse, dans la plupart des mesures d'application du droit, est celle de la définition du marché pertinent, dont dépendent tant d'éléments. »

²¹⁴ La section 4 aborde certaines des conditions générales les plus importantes dans lesquelles la définition de marché pertinent est problématique du fait des difficultés à l'appliquer correctement, mais aussi parce que les parts de marché ne sont pas une bonne indication du pouvoir de marché.

²¹⁵ OCDE (2011) Les preuves économiques dans l'analyse des fusions, DAF/COMP/WP3(2011)1.

²¹⁶ Si l'essentiel du débat actuel remettant en cause la pertinence de la définition de marché se nourrit des évolutions dans le domaine des fusions, et en particulier de l'utilisation des indices de pression sur les prix, les conclusions du présent document devraient s'appliquer à toute évolution future qui pourrait encore davantage remettre en question l'utilité de la définition de marché. Voir par exemple Farrell et Shapiro (2010), Simons et Coate (2010), Epstein et Rubinfeld (2010).

droit, et comment l'on peut la supprimer « chirurgicalement » dans certaines parties. Dans de nombreux pays, la définition de marché a désormais acquis le statut de notion à part entière qui va bien au-delà d'un simple instrument permettant de prédire les effets anticoncurrentiels probables dans chaque affaire. La réponse aux deux questions suivantes permet de déterminer si d'autres instruments peuvent venir s'ajouter au portefeuille de l'analyste ou même remplacer ou compléter la définition de marché : (1) dans quelle mesure la définition d'un marché pertinent est-elle requise sur le plan juridique ? et (2) dans quelle mesure l'imbrication du concept de définition du marché pertinent dans la loi a-t-il permis à ce dernier d'acquérir une existence propre ? Pour répondre à ces deux questions, il est nécessaire d'opérer un *distinguo* entre le recours juridique nécessaire à la définition de marché dans l'analyse d'une possible atteinte à la concurrence dans une affaire donnée et le concept de définition de marché pertinent utilisé hors du cadre de l'analyse des effets spécifiques d'une affaire, par exemple pour la définition du champ d'application de la loi dans le cas des zones de sécurité, de l'article 102 du TFUE ou même en tant que paramètre nécessaire pour le calcul des amendes.

6.1 Remplacer ou compléter la définition du marché pertinent ?

Afin de faciliter la suite de la discussion, il semble utile d'opérer un *distinguo* entre (i) un remplacement partiel (ou complet) de la définition de marché pertinent d'une part et (ii) le recours complémentaire à d'autres outils. Le scénario (i) met l'accent sur un remplacement partiel, le remplacement pur et simple de la définition de marché à la fois en tant qu'instrument de l'analyse des effets et dans tous ses autres rôles semblant difficile à étayer et irréaliste²¹⁷. Si l'on supprimait complètement la notion de définition de marché du droit de la concurrence, que ce soit dans le cadre d'une position dominante / d'une monopolisation ou d'une fusion, les autorités de la concurrence ne délimiteraient plus de marché pertinent. Un remplacement partiel désignerait ici la suppression (ou le remplacement) de la définition de marché dans un domaine spécifique du droit de la concurrence seulement, par exemple le contrôle des fusions. Une autre possibilité serait de remplacer la définition de marché uniquement dans certaines catégories d'affaires pour lesquelles d'autres outils auront été élaborés (par exemple, dans les fusions horizontales impliquant des produits différenciés). Si un remplacement total ou partiel se révèle impossible ou non souhaitable, les autorités de la concurrence peuvent toutefois toujours tirer profit du recours à de nouveaux outils économiques / économétriques pour compléter l'analyse traditionnelle de la définition de marché pertinent.

En outre, un remplacement partiel et une utilisation complémentaire ne s'excluent pas forcément mutuellement. Dans certains cas en effet, de nouveaux outils peuvent être utilisés en sus ou en remplacement de l'approche structurelle traditionnelle basée sur la définition de marché et les parts de marché²¹⁸. En outre, les évolutions récentes, surtout en matière d'analyse des fusions, indiquent que, dans un futur proche tout du moins, seul l'usage complémentaire et le remplacement partiel peuvent devenir des alternatives viables à l'analyse de la concurrence fondée exclusivement sur la définition de marché²¹⁹.

²¹⁷ Kaplow (2011) et (2010) est le partisan le plus fervent, ces dernières années, de l'abandon pur et simple de la définition de marché. Pour un examen critique de son argumentation, voir Werden (2011).

²¹⁸ C'est l'avis qui a été exprimé par l'expert du plaignant dans l'affaire américaine *The City of New York contre Group Health Incorporated, Hip Foundation, Inc. et Health Insurance Plan of Greater New York* (2010).

²¹⁹ Selon Werden (2012), « un examen plus détaillé de l'analyse des fusions moderne révèle que la délimitation de marché ne peut être omise que dans certains cas ». Pour lui, cette évolution se justifie surtout dans les fusions achevées et les affaires concernant les effets unilatéraux.

6.2 *Acceptabilité juridique : la définition de marché, une condition préalable*

La question des alternatives à la définition de marché et le possible abandon du concept, tout du moins partiellement, amènent à se demander si la définition d'un marché pertinent est requise en soi du point de vue juridique. La définition de marché est principalement utilisée pour calculer les parts de marché, identifier les concurrents, mesurer la concentration et en déduire le pouvoir de marché. Il est donc possible que le droit national n'exige pas de manière explicite la délimitation d'un marché pertinent.

Lorsque l'analyse de la concurrence, en vertu des lois nationales, met l'accent sur le pouvoir de marché au lieu des parts de marché ou de la définition de marché, il existe un certain degré de flexibilité qui permettrait le recours à des techniques autres que la définition de marché. Même si le droit national exige la délimitation d'un marché pertinent et mentionne par exemple l'IHH, les lois ne sont pas immuables²²⁰. La possibilité de modifier la loi concernée et les délais requis pour ce faire varient selon les pays et dépendent du positionnement de ladite loi dans la hiérarchie des sources du droit.

Il convient tout d'abord de distinguer les instruments juridiques contraignants des instruments juridiques non contraignants. Si l'on fait abstraction des désaccords entre les théoriciens du droit sur la signification précise de ces définitions, l'on peut résumer en disant qu'un instrument juridique contraignant fait généralement référence à « des obligations juridiquement contraignantes précises (ou susceptibles d'être précisées par un jugement ou l'émission de règlements détaillés) et qui confèrent une autorité en matière d'interprétation et d'application du droit »²²¹. Les instruments juridiques non contraignants, à l'inverse, font référence à des règles de conduite indicatives de la pratique, qui n'ont généralement pas de caractère obligatoire, mais qui peuvent tout de même avoir des effets pratiques²²². La portée de ces effets varie toutefois en fonction des pays. Dans l'Union européenne par exemple, le recours aux instruments juridiques non contraignants peut créer des attentes légitimes, si bien que les autorités de la concurrence ne peuvent s'en dispenser sans bonne raison²²³.

À ce jour, un nombre important de pays ont opté pour le recours à des instruments juridiques non contraignants pour guider l'application du concept de marché de produits et géographique pertinent. Les autorités de la concurrence peuvent choisir d'établir des lignes directrices ou des communications permettant de déterminer le cadre analytique pour l'application du concept de marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence. La *Communication sur la définition du marché en cause* de la Commission européenne est un bon exemple²²⁴. D'autres orientations relatives à la définition de marché

²²⁰ Lopatka (2011).

²²¹ Abbott et Snidal (2000).

²²² Snyder (1993).

²²³ La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que les instruments juridiques non contraignants étaient un outil important pour assurer une interprétation uniforme et donc également l'application uniforme de la réglementation douanière communautaire. En 1989, la Cour avait jugé dans l'affaire *Grimaldi* que les tribunaux nationaux devaient tenir compte non seulement des instruments juridiques contraignants, mais aussi des instruments n'ayant pas de caractère obligatoire sur le plan juridique, et notamment des recommandations (affaire *Grimaldi contre Fonds des Maladies Professionnelles* Recueil [1989] 4407). La Commission doit respecter les règles qu'elle s'est elle-même imposées, et notamment les directives, car même si elles « ne sauraient être qualifiées de règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue, elles énoncent toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont l'administration ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement. » Affaire C--397/03 P *Archer Daniels Midland Co. contre Commission*, Recueil [2006] I-4429, para. 91.

²²⁴ *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, J.O. [1997] C372/5. Des lignes directrices génériques similaires ont également été adoptées en Chine (mai

peuvent être fournies dans les lignes directrices traitant de l'évaluation des catégories d'affaires spécifiques. C'est le cas des Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales²²⁵ ou de diverses lignes directrices émises par la Commission européenne en rapport avec l'applicabilité de l'article 101 du TFUE²²⁶.

En outre, il est possible de définir le concept de marché pertinent en tant que complément ou solution alternative aux instruments juridiques non contraignants et une procédure relative à son utilisation peut explicitement être établie dans les sources primaires du droit (lois, règlements et jurisprudence).

Certains pays ont en fait choisi d'inclure le terme de « marché pertinent » dans les lois relatives à la concurrence, faisant ainsi de la définition de marché une condition préalable sur le plan juridique²²⁷. Codifier le concept de marchés pertinents a sans doute été tentant surtout pour les pays qui se sont dotés d'un droit de la concurrence il y a relativement peu²²⁸. Par exemple, contrairement aux lois sur la concurrence de nombreux autres États membres de l'UE, la Loi polonaise sur la concurrence et la protection des consommateurs contient, à l'article 4, une définition explicite de plusieurs concepts fondamentaux, et notamment celle du marché pertinent²²⁹. Des dispositions similaires existent également dans d'autres pays²³⁰.

En complément de la définition explicite, ou si celle-ci est absente, le droit national peut inclure des références à la notion de marché pertinent dans diverses dispositions et divers règlements accompagnant

2009) et en Malaisie (2010). De fait, le recours extensif aux lignes directrices par la Commission, parallèlement à sa tradition de droit civiliste et administratif, peut expliquer le franc succès rencontré par le droit de la concurrence communautaire dans les pays souhaitant adopter un régime de droit de la concurrence.

²²⁵ Des lignes directrices similaires ont été adoptées dans un certain nombre de pays – voir par exemple le Canada et le Royaume-Uni.

²²⁶ *Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales (Horizontal Merger Guidelines)* (2010), *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 101 du traité CE aux accords de transfert de technologie*, J.O. [2004] C 101/2, paragraphes 19-25 ; *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale* J.O. [2011] C11/1, paragraphes 112-126 *et al* ; *Lignes directrices sur les restrictions verticales* J.O. [2010] C130/1, paragraphes 86–95.

²²⁷ On peut ici émettre la suggestion que les indices de pression sur les prix peuvent être utilisés pour déduire les frontières du marché pertinent à définir, comme évoqué à la section 5.

²²⁸ Dans une certaine mesure, cette tendance à orienter le droit selon les normes les plus récentes généralement acceptées concerne aussi les droits de la concurrence européen et allemand, tous deux adoptés à un moment où la position dominante en elle-même était jugée suspecte. La période suivant immédiatement l'adoption de ces lois correspond également à l'apogée du paradigme structure-comportement-performance (SCP), ce qui explique peut-être pourquoi l'article 102 TFUE, par exemple, est basé sur un « simple » test de position dominante qui suffit pour interdire certaines conduites en cas de pratiques constituant des infractions en soi. Même si les interdictions *de facto* ont désormais largement fait place à une analyse des effets, l'analyse initiale de la position dominante subsiste. Comme indiqué auparavant, cela implique même deux types de définitions de marché : l'une visant à déterminer l'applicabilité de la loi sur la base des prix concurrentiels (se fondant sur le coût différentiel moyen à long terme) et l'autre, probable, où le concept est utilisé comme instrument dans l'analyse des effets, sur la base des prix actuels ou de référence, selon que le manquement soupçonné est prospectif ou a déjà eu lieu.

²²⁹ Loi polonaise du 16 février 2007 sur la concurrence et la protection des consommateurs (Journal of Laws of 2007, N° 50, point 331, consultable à l'adresse : http://www.uokik.gov.pl/competition_protection.php).

²³⁰ C'est par exemple le cas de la Loi slovaque sur la protection de la concurrence, la Loi hongroise sur la concurrence de 2009, la Loi indienne sur la concurrence de 2002, modifiée en 2007, et la Loi mexicaine de 2012.

les lois de la concurrence. Prenons par exemple le formulaire CO utilisé dans l'Union européenne, qui nécessite une déclaration très détaillée des informations demandées en vertu de la procédure de notification des fusions. Dans les sections 6 à 8 du formulaire, les parties à l'origine de la notification doivent fournir des informations concernant les « marchés affectés ». Les dispositions se rapportant à la position dominante et les décisions / accords d'importance mineure font aussi généralement explicitement référence au paradigme de définition de marché / de parts de marché²³¹.

En outre, même dans les systèmes de droit civilistes, la jurisprudence peut exiger la définition d'un marché pertinent. De nombreuses références à des affaires majeures montrent qu'il ne sera pas facile de faire abstraction de la jurisprudence lorsqu'il s'agit de remettre en question les pratiques ou transactions futures sans avoir au préalable défini un marché pertinent. Aux États-Unis, les tribunaux invoquent souvent l'affaire *Brown Shoe*, dans laquelle la Cour suprême américaine a jugé que « la détermination du marché pertinent est un pré-requis nécessaire pour conclure à la violation du Clayton Act »²³². En Irlande, dans sa première affaire traitant de questions de fond liées au droit de la concurrence, la Cour suprême a affirmé que « l'identification des produits et marchés pertinents forme obligatoirement le point de départ de chaque affaire »²³³.

Toutefois, les affaires devraient être évaluées dans un contexte historique, ce qui permet d'obtenir le jugement le plus pertinent possible. Lorsque la Cour suprême américaine a accepté que les parts de marché soient la « base permettant d'établir des conclusions concernant les effets futurs probables de la fusion », ce qui a fait de la délimitation du marché pertinent un « pré-requis nécessaire »²³⁴, le paradigme structure-comportement-performance, alors prédominant dans l'économie industrielle, établissait un lien direct entre forte concentration et faible performance de marché. En outre, la Cour ne disposait pas d'autres outils économiques à l'époque. Avec l'évolution des théories économiques, de l'économétrie et du plus large accès aux données toutefois, ces outils sont désormais plus disponibles et ils commencent à être utilisés de plus en plus fréquemment par les autorités de la concurrence²³⁵, tandis que l'évolution de l'économie industrielle a mené les tribunaux et les chercheurs à reconnaître que, dans certains cas, « un degré élevé de concentration peut être compatible avec une concurrence dynamique et une performance de marché efficiente »²³⁶.

Lorsque le droit requiert de manière explicite de définir le marché pertinent, la possibilité d'introduire des modifications dans la loi ou même de supprimer purement et simplement cette dernière dépend des procédures en vigueur dans le pays et du positionnement de la loi dans la hiérarchie des sources du droit.

²³¹ Par exemple, conformément au point 4 de l'article 9 de la Loi polonaise sur la concurrence et la protection des consommateurs, une « *position dominante* » se définit comme [un] positionnement de l'entrepreneur qui lui permet d'empêcher la concurrence efficace sur le marché pertinent et donc d'agir, dans une large mesure, de manière indépendante de ses concurrents, des parties contractantes et des consommateurs ; un entrepreneur est réputé détenir une position dominante lorsque sa part de marché dépasse 40 % ». Voir aussi la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, J.O. [2001] C 368/13.

²³² *Brown Shoe*, 370 U.S., citation de *États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 593 (1957).

²³³ Jugement de la Cour suprême irlandaise dans l'affaire Competition Authority -contre- O'Regan & ors, [2007] IESC 22. C'est également le cas en Australie. On notera toutefois que cette obligation ne peut en outre être satisfaite que dans les affaires portées devant la justice et n'exclut donc pas, de manière générale, l'utilisation d'autres filtres.

²³⁴ Cour suprême américaine dans l'affaire *Brown Shoe Co. contre États-Unis* (1962).

²³⁵ Voir OCDE (2011).

²³⁶ Farrell et Shapiro (2010).

Si, dans le cas des lois, ce sont les parlements qui doivent prendre les initiatives en ce sens, dans les systèmes jurisprudentiels, il incomberait aux tribunaux de ne pas tenir compte des jugements précédents. C'est loin d'être aisé, mais pas non plus impossible, comme le montre le rôle déterminant joué par l'affaire américaine *Leegin Creative*²³⁷.

Comme nous l'avons déjà souligné, lorsque, en vertu de la législation nationale, l'analyse de la concurrence se base sur le pouvoir de marché et non sur les parts de marché, le recours à d'autres outils devrait poser moins de problèmes. La possibilité d'adopter de nouveaux outils dépendra non seulement du statut accordé à la définition d'un marché pertinent, mais probablement aussi du type d'exécution. Aux États-Unis, où les recours ayant trait au droit de la concurrence sont souvent induits par les agents privés, les tribunaux sont plus susceptibles d'accepter l'utilisation des nouveaux outils en complément ou en remplacement de la définition de marché. Si une tentative d'invoquer le test UPP a été rejetée par le tribunal de première instance dans l'affaire *City of New York contre Group Health Incorporated*, la cour de second circuit, en appel, a jugé que si le plaignant avait expliqué l'utilité du test UPP pour évaluer l'impact d'une fusion, il n'avait « pas expliqué en quoi le test pouvait se substituer à une définition du marché pertinent dans son plaidoyer ». À la lumière de cette formulation, on peut spéculer que si un plaignant parvient à expliquer de manière concluante comment le test UPP, ou tout autre outil, peut se substituer à la définition de marché, les tribunaux pourraient au moins prendre en compte la recevabilité de ces arguments²³⁸.

6.3 *Supprimer ou compléter la définition de marché : conséquences juridiques*

Quand bien même les obstacles, tels que le droit et les affaires qui requièrent explicitement la définition d'un marché, seraient surmontés, il reste toutefois un certain nombre d'autres problèmes à prendre en compte. Tout d'abord, la notion de marché pertinent peut être ancrée intrinsèquement dans l'analyse du droit de la concurrence, auquel cas il serait extrêmement difficile de l'abandonner. Deuxièmement, lorsque la définition de marché peut être supprimée « chirurgicalement », se détourner de ce concept peut accroître le degré d'incertitude pour ceux à qui s'adressent les dispositions du droit de la concurrence, mais aussi pour les autorités de la concurrence et les tribunaux.

6.3.1 *Ancrage et cohérence interne du droit de la concurrence*

Selon les pays, le concept de la définition de marché est plus ou moins ancré dans le droit de la concurrence. Dans l'Union européenne par exemple, la définition du marché pertinent joue généralement un rôle important dans tous les domaines du droit de la concurrence (articles 101 et 102 du TFUE et fusions), mais elle est abordée différemment selon le type d'affaire dans laquelle un marché pertinent doit être délimité²³⁹.

²³⁷ Par la décision 5-4, *Leegin Creative Leather Products, Inc. contre PSKS, Inc.*, la Cour suprême a marqué un tournant en ne suivant pas un jugement précédent quasiment centenaire, établi dans l'affaire *Dr. Miles Medical Company contre John D. Park & co.*, 220 U.S. 373 (1911), où la Cour avait jugé que les prix de vente imposés minimums était illicites en soi en vertu de la section 1 du Sherman Act. Revenant sur sa décision antérieure, la Cour a statué que les prix de vente imposés minimums doivent être examinés selon la règle de raison, à la lumière des faits spécifiques à chaque affaire.

²³⁸ Au Royaume-Uni, les outils tels que la hausse indicative des prix (IPR) sont déjà utilisés depuis plusieurs années. Voir par exemple les affaires de la commission de la concurrence britannique, et notamment *Somerfield/Morrisons*, *JBB/Sports Direct*, *Masschash/Finro, Co-op/Somerfieldet Asda/Netto*.

²³⁹ Affaire T-62/98, *Volkswagen AG contre Commission* [2000] Recueil II-2707, paragraphe 230 : « Aux fins de préciser la portée de l'obligation de la Commission de définir le marché pertinent avant de constater une infraction aux règles communautaires de la concurrence, il convient de rappeler que la délimitation du marché ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 101 ou l'article 102 TFUE. Dans le

Conformément aux Lignes directrices de l'UE sur la définition de marché, « la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. [...] Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause. »²⁴⁰ Dans certaines circonstances toutefois, il peut ne pas être nécessaire d'aboutir à une conclusion ferme sur les frontières du marché pertinent, car la transaction est peu susceptible de porter atteinte à la concurrence, quelle que soit la taille du périmètre de marché défini²⁴¹.

Bien que les Lignes directrices de l'UE s'appliquent à tous les domaines du droit de la concurrence, par le passé, la définition de marché a joué un rôle bien plus important dans les affaires de fusion et d'abus de position dominante²⁴². Elle a néanmoins aussi joué un rôle dans la détermination des contraintes concurrentielles dans le contexte d'accords. L'attention croissante accordée à la définition du marché dans le contexte des affaires relevant de l'article 101 du TFUE peut s'expliquer par l'évolution de deux facteurs : (i) la politique de la Commission en matière de restrictions verticales et horizontales, qui repose sur les parts de marché, et (ii) la suppression du système de notification des accords pour l'exemption individuelle prévue par l'article 101, alinéa 3 du TFUE²⁴³. Par conséquent, la responsabilité d'apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des contrats et autres pratiques a été transférée aux entreprises concernées. Les parties à un accord doivent désormais décider elles-mêmes si ce dernier entre dans le champ des exemptions ou constitue une infraction au droit de la concurrence. Cela implique de leur part qu'elles évaluent soigneusement le contexte économique de l'accord, ce qui nécessite, entre autres, de délimiter le marché de produits et le marché géographique pertinents.

Ce besoin d'auto-évaluer sa propre position sur le marché est tout aussi important pour l'application de l'article 102 du TFUE et d'autres dispositions nationales qui s'en inspirent. Dans l'UE, seules les sociétés en position dominante entrent dans le champ de l'article 102 du TFUE et doivent veiller à ce que leur comportement n'enfreigne pas la loi. En d'autres termes, des pratiques qui seraient par ailleurs licites deviennent illicites lorsqu'elles sont le fait d'entreprises en position dominante. Si l'on se tourne vers le passé, ces dispositions sont en ligne avec le paradigme structure-comportement-performance, qui présume

cadre de l'application de l'article 102, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité. En revanche, dans le cadre de l'application de l'article 101, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en litige est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut, le cas échéant, définir le marché en cause. »

²⁴⁰ Lignes directrices de l'UE sur la définition de marché, [1997], paragraphe 2.

²⁴¹ Voir par exemple l'affaire COMP/M.5747 – *Iberia/British Airways*.

²⁴² Une analyse de fusion étant un exercice prospectif, c'est avec les prix en vigueur avant la fusion que l'on commencerait à définir le marché, à l'aide par exemple du test SSNIP. Dans les affaires d'abus de position dominante, l'analyse des effets débiterait soit – comme dans les cas de contrôle des fusions – sur la base des prix alors en vigueur si l'infraction soupçonnée n'a pas encore eu lieu, soit, en règle générale, sur la base de prix concurrentiels qui tentent de se rapprocher de ce que seraient les prix en l'absence de l'infraction présumée. Outre cette utilisation de la définition de marché pour estimer les effets, l'article 102 TFUE requiert un premier test de position dominante qui serait effectué à l'aide de la définition de marché sur la base des prix concurrentiels déduits hypothétiquement grâce au coût différentiel moyen à long terme ou au coût moyen évitable. Voir Commission européenne (2009), paragraphe 26.

²⁴³ Le remplacement par le règlement 1/2003 du régime d'exemptions individuelles mis en place par le règlement 17/62 a supprimé le monopole de la Commission dans l'application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE, qui est désormais également appliqué par les autorités de la concurrence nationales.

que de vastes parts de marché alliées à certains comportements suffisent pour établir l'existence d'un abus. On reconnaît aujourd'hui que les parts de marché ne peuvent être qu'une première indication, mais l'idée selon laquelle « elles fournissent des informations utiles sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont à l'œuvre » l'emporte²⁴⁴. Par conséquent, lorsque des dispositions particulières reposent explicitement ou implicitement sur un certain seuil de parts de marché, elles ne peuvent être appliquées que si ces parts ont été calculées au préalable, ce qui requiert de délimiter le marché pertinent.

Si la définition du marché pertinent ne servait qu'à établir le pouvoir de marché et, au final, le préjudice porté à la concurrence, dans des affaires spécifiques, il serait relativement aisé de la remplacer. Comme nous l'avons vu ci-dessus, dans certains pays au moins, elle est toutefois bien plus qu'une simple méthode permettant de déterminer dans chaque affaire si une opération ou un comportement produit des effets anticoncurrentiels, bien qu'elle n'ait été considérée, par le passé, que comme un instrument de détection des infractions au droit de la concurrence.

Outre de déclencher l'application de certaines dispositions, la délimitation du marché peut également avoir une fonction centrale dans la fixation des amendes. Conformément au paragraphe 13 des Lignes directrices de l'UE pour le calcul des amendes, « la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE »²⁴⁵ comme point de départ « en vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger ». En Suisse, conformément à l'article 4 de l'Ordonnance sur les sanctions, les amendes sont calculées sur la base du chiffre d'affaires généré par l'entreprise concernée sur le marché pertinent au cours des trois derniers exercices²⁴⁶. Au Royaume-Uni aussi, la sanction pécuniaire est calculée sur la base du « chiffre d'affaires pertinent », à savoir le chiffre d'affaires généré par l'entreprise dans le marché de produits et le marché géographique pertinents²⁴⁷.

La définition du marché pertinent est tout aussi importante lors des recours induits par des agents privés. En février 2009, la *Corte Suprema di Cassazione* (Cour suprême de cassation italienne) a rendu un jugement important dans lequel elle souligne la nécessité de délimiter précisément et correctement le marché dans les affaires de demande de dommages-intérêts relevant du droit de la concurrence. La Cour a cassé un jugement de la Cour d'appel de Bari qui excluait l'existence d'une position dominante et, partant, l'existence d'une infraction au droit de la concurrence, au motif que la Cour d'appel n'avait pas effectué d'analyse correcte de la définition du marché pertinent²⁴⁸.

Pour prendre pleinement conscience de la mesure dans laquelle le concept de définition du marché est ancré dans le droit de la concurrence, il faut également tenir compte des répercussions que son omission aurait sur d'autres domaines du droit dont les procédures sont directement inspirées du droit de la concurrence.

Par exemple, la réglementation sectorielle, comme le cadre réglementaire des communications électroniques de 2003, s'applique *ex ante* tandis que le droit de la concurrence s'applique *ex post*. Alors que l'intervention des autorités de la concurrence est déclenchée par un comportement anticoncurrentiel, l'application de la réglementation sectorielle est déclenchée quant à elle par la présence de caractéristiques

²⁴⁴ Whish (2012:181).

²⁴⁵ *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003*, J.O. [2006] C 210/2.

²⁴⁶ Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence [2004].

²⁴⁷ Lignes directrices de l'OFT sur le montant approprié des sanctions [2004].

²⁴⁸ Corte Suprema di Cassazione, *Cetel/Enel*, 13 février 2009.

de marché particulières qui mettent la définition du marché au centre de l'intervention réglementaire²⁴⁹. Contrairement au cadre réglementaire de 1998, celui de 2003 dispose que les marchés pertinents doivent être définis conformément aux méthodes prévues par le droit de la concurrence, notamment à l'aide des tests TMH / SSNIP.

6.3.2 Incertitude juridique

L'incertitude est un problème omniprésent dans le droit de la concurrence et, dans une certaine mesure, elle ne peut être dissociée de l'analyse du droit de la concurrence. Le débat autour du remplacement partiel de la définition de marché ou de l'utilisation d'outils complémentaires pose la question de savoir si les outils alternatifs affectent le niveau actuel de certitude juridique. Afin d'analyser cette question, la section suivante fait le distinguo entre utiliser la définition de marché dans un sens technique restreint dans l'analyse des éventuels effets anticoncurrentiels d'une affaire donnée, et la fonction plus vaste que remplit la définition de marché en tant que pré-requis ou outil juridique permettant de déclencher l'application de certaines dispositions ou de calculer les amendes. L'article 102 du TFUE illustre ces usages distincts de la définition du marché pertinent puisque, dans cet article, la définition de marché peut être intégrée à l'analyse des effets mais il faut en premier lieu délimiter un marché (différent) pour établir la position dominante de la société en cause. Pour illustrer les problèmes qui peuvent se poser, nous abordons l'incertitude sous trois angles se référant chacun au rôle de la définition de marché dans le sens technique restreint.

Réduire le rôle de la définition de marché dans le droit de la concurrence peut soulever des incertitudes sur la fonction instrumentale de ce concept, ce que nous étudierons ci-dessous, mais cela peut aussi soulever des questions plus générales car cela peut priver les entreprises d'un certain degré de prévisibilité dans la planification de leurs activités. La prévisibilité est particulièrement importante lorsque l'application du droit de la concurrence est déclenchée dès lors que l'on atteint un seuil de part de marché donné – exprimé en pourcentage –, comme c'est le cas dans l'établissement d'une position dominante ou l'utilisation des zones de sécurité. Si les nouveaux outils ne sont pas adaptés pour définir des seuils ou ne permettent pas de calculer des seuils pour tout un éventail de comportements, ou encore s'ils sont plus difficiles à calculer, la certitude juridique s'en trouvera vraisemblablement érodée.

6.3.2.1 La valeur de précédent de la définition de marché

L'un des avantages de la définition de marché par rapport aux autres outils qui visent à établir directement des effets anticoncurrentiels est qu'elle peut constituer un précédent pour les enquêtes ultérieures²⁵⁰. Les évolutions technologiques ou autres d'un secteur peuvent avoir des répercussions sur la définition du marché, puisque les frontières de ce dernier peuvent varier au fil du temps,²⁵¹ mais ces variations ne sont pas suffisamment fréquentes pour qu'un marché pertinent délimité pour une affaire

²⁴⁹ Conformément à l'article 15 de la directive-cadre, la Commission adopte une recommandation sur les marchés de produits et de services pertinents. Sous réserve de modification, cette dernière recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires *ex ante*.

²⁵⁰ La distinction entre l'analyse des effets directs et la définition du marché n'est pas toujours aussi évidente qu'ici. Ainsi, de nombreuses simulations de fusions reposent sur des modèles *logit*, qui exigent des estimations des parts de marché. Or, il est clair que ces estimations nécessitent une définition préalable des marchés en cause. Werden (2012:11), par exemple, fait valoir qu'il n'est pas toujours possible de prédire de manière satisfaisante les effets unilatéraux en utilisant uniquement les nouveaux outils, sans délimiter de marché pertinent.

²⁵¹ À titre d'exemple, la définition d'un marché géographique changera vraisemblablement si les coûts de transport diminuent considérablement.

donnée n'ait plus valeur générale de précédent dans une autre affaire du même marché. Même si les frontières du marché doivent finalement être ajustées, voire remplacées, un marché qui a déjà été délimité est un point de départ solide pour toute analyse ultérieure de la concurrence²⁵². Ainsi, si le marché pertinent doit être défini au regard des caractéristiques particulières de chaque affaire, en l'absence de changements importants sur le marché, des délimitations de marché antérieures peuvent constituer un précédent utile et éclairer les acteurs du marché²⁵³. Par conséquent, après avoir délimité un marché pertinent dans le contexte d'une affaire de fusion par exemple, cette définition de marché peut être utilisée comme point de départ²⁵⁴ pour les affaires ultérieures (se rapportant ou non à des opérations de fusion), ce qui permet à l'autorité d'économiser ses ressources et aux entreprises de mieux évaluer leur propre situation²⁵⁵.

Un marché pertinent défini dans le cadre d'une affaire aura donc valeur de précédent pour la définition du marché dans une affaire ultérieure, de quelque nature qu'elle soit. L'utilisation d'outils alternatifs à la définition de marché ne permet toutefois pas le même type de « portabilité » puisque ces méthodes s'attachent directement aux effets. Bien qu'une telle analyse des effets puisse bien sûr permettre de tirer certaines conclusions sur les frontières probables du marché pertinent, la description des effets dans une affaire d'abus de position dominante au sein d'un secteur particulier a peu de chances d'être d'une grande utilité si une fusion dans ce secteur doit par la suite être examinée²⁵⁶. Par conséquent, une approche indirecte des effets aura probablement bien davantage valeur de précédent que toute appréciation directe des effets sur la concurrence.

6.3.2.2 Degré de prévisibilité au sens économique technique

Les craintes de réduction de la prévisibilité se rapportent dans les faits au degré de précision d'une méthode donnée. Lorsqu'ils envisagent un remplacement partiel, les organismes et les autorités compétents doivent donc comparer la variabilité des résultats produits par le paradigme de la définition de marché / des parts de marché avec la variabilité des résultats produits par les autres méthodes. Si une méthode donnée livre des résultats plus variables, les parties peuvent avancer des arguments en faveur de positions plus extrêmes, ce qui entraîne un plus vaste éventail d'évaluations plausibles. L'un des exemples les plus pertinents de ce risque est probablement le peu de fiabilité avec laquelle les indices de pression sur les prix peuvent prédire l'ampleur des effets sur les prix. Le fait que les indices de pression sur les prix nécessitent d'émettre des hypothèses sur la forme de la fonction de la demande peut entraîner des résultats très variables dans l'analyse, car l'ampleur de l'effet calculé sur les prix dépend fortement de ces informations. Bien que cet argument porte sur la variabilité intrinsèque de tout instrument donné, il ne serait

²⁵² Il faut naturellement reconnaître que cette valeur a ses limites, comme l'a souligné le Tribunal de première instance de l'UE dans l'affaire *Coca-Cola Co contre Commission*, dans laquelle il a été énoncé qu'un marché défini lors d'une décision antérieure ne peut pas automatiquement être considéré comme juridiquement opposable dans le cadre d'enquêtes ultérieures. Affaires T-125/97 et T-127/97 [2000] Recueil II-1733 [2000] 5 CMLR 467.

²⁵³ Dans l'affaire COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, par exemple, la Commission a retenu le marché pertinent précédemment accepté par le tribunal dans l'affaire C-333/94P, *Tetra Pak II* [1996] Recueil I-5951.

²⁵⁴ C'est également la pratique habituelle d'autres autorités de la concurrence comme l'Office fédéral allemand des ententes.

²⁵⁵ Bien que les entreprises de l'UE ne puissent pas légitimement s'attendre à ce que la Commission retienne le marché défini dans des affaires précédentes, la Commission doit motiver sa décision si elle décide de s'écarter des décisions antérieures. Voir affaire T-151/05 *Nederlandse Vakbond Varkenshouders contre Commission* [2009] Recueil II-1219, [2009] 5 CMLR 1613, paragraphes 136-140 ; affaire 73/74 *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique et autres contre Commission* [1975] Recueil 1491, paragraphe 31.

²⁵⁶ Certaines des méthodes évoquées à la section 5 permettent de déduire une délimitation du marché.

naturellement pas surprenant qu'une nouvelle méthode produise des résultats plus variables au début de son utilisation étant donné le manque d'expérience de ses partisans.

On a pu également l'observer dans le cadre de la définition de marché, par exemple dans le contexte des sous-marchés²⁵⁷ ou, à ses premières heures, au moment du sophisme de la cellophane. Il ne serait donc pas surprenant que toute nouvelle méthode, quel que soit son degré de variabilité inhérent, crée une certaine incertitude (supplémentaire) jusqu'à ce que les parties prenantes aux affaires de concurrence aient acquis l'expérience nécessaire pour les manier.

Dans un sens économique technique et comme nous l'avons déjà évoqué à la section 4, il semble aujourd'hui déjà manifeste que dans certaines circonstances, la définition du marché pertinent ne sera pas aussi efficace que d'autres outils. Nous l'avons vu, cela n'est pas seulement dû aux difficultés à appliquer la définition du marché correctement dans certaines circonstances, mais plutôt au fait que le raisonnement sous-jacent – à savoir que des parts de marché révélatrices du pouvoir de marché – ne se vérifie généralement pas.

Du point de vue de la politique de la concurrence, l'important est manifestement la maturité et la robustesse empirique des outils alternatifs. À l'heure actuelle, même le candidat le plus solide, à savoir les indices de pression sur les prix, n'a pas, du moins pour ses détracteurs, « réuni le soutien nécessaire au sein de la communauté économique pour étayer des doctrines juridiques robustes »²⁵⁸.

Tant que l'utilisation d'un outil particulier ou d'une méthode particulière ne peut être étayée par des preuves empiriques convaincantes de sa performance, les tentatives visant à délaisser la définition de marché dans les tribunaux peuvent être rares et limitées, car débiter une affaire en délimitant le marché pertinent est « le meilleur moyen de gagner en appel » (J.T. Rosch, Commissaire de la FTC)²⁵⁹.

D'un point de vue plus pratique, il est utile d'ajouter que les affaires de fusion peuvent être davantage l'occasion d'utiliser des outils alternatifs que les affaires de monopolisation. En effet, les entreprises ne sont pas incitées de la même manière dans les deux cas à fournir aux autorités de la concurrence les informations nécessaires afin d'employer des outils économiques complexes. Puisqu'elles ont intérêt à obtenir un agrément pour fusionner rapidement, les parties à une fusion peuvent être plus enclines à fournir les données nécessaires à l'analyse économique que dans les cas où les entreprises bénéficient généralement de délais et peuvent quoi qu'il en soit préférer ne pas révéler trop d'informations.

6.3.2.3 Implications de la pluralité des méthodes

Évaluer les effets dans des affaires de concurrence à l'aide de la définition de marché est une approche très souple qui permet d'analyser un vaste éventail de problèmes pouvant toucher la concurrence, des fusions aux affaires de monopolisation. Cette souplesse a un impact sur le niveau de sophistication de cette approche lorsqu'il faut étudier des affaires très spécifiques²⁶⁰.

²⁵⁷ Voir Baker (2007:150).

²⁵⁸ Lopatka (2011).

²⁵⁹ *FTC contre Laboratory Corporation of America* : « L'absence de définition correcte d'un marché pertinent peut entraîner le classement sans suite d'une demande au titre de la section 7 », voir Freeman Hospital, 69 F.3d p. 268.

²⁶⁰ À cette fin, il est bon de rappeler que la méthode de définition du marché pertinent à l'aide du test SSNIP a été conçue à l'origine pour les fusions d'entreprises aux produits homogènes.

De ce point de vue, il sera peu surprenant que certaines autres méthodes soient plus efficaces que la définition de marché dans certaines circonstances particulières, ce qui soulève la question de la pluralité des méthodes. À première vue, il peut sembler très intéressant d'utiliser des méthodes différentes selon les particularités et les besoins de l'affaire.

Même si l'utilisation d'un vaste éventail de méthodes pour analyser les effets économiques des affaires de concurrence permet éventuellement d'apprécier plus précisément ces effets dans chaque cas, la définition du marché pertinent permet quant à elle de mener une analyse de la concurrence relativement uniforme dans toutes les affaires.

Quelle que soit l'approche utilisée, qu'elle repose sur la définition du marché, sur les indices de pression sur les prix ou sur toute autre méthode, les analyses livreront des résultats quelque peu variables, ce qui génère une incertitude. Celle-ci est toutefois immanquablement exacerbée lorsque la pluralité des méthodes – c'est-à-dire le choix de l'instrument – accroît l'incertitude.

Il est semble-t-il plus intéressant et préférable de pouvoir apprécier directement les contraintes concurrentielles qui s'exercent sur une entreprise ou des entreprises dont le comportement ou l'opération fait l'objet d'une enquête, plutôt que d'employer une approche indirecte reposant sur la définition du marché pertinent, du moins si l'on recherche des résultats les plus précis possible. La tentation est par ailleurs grande de pouvoir choisir parmi une sélection de méthodes qui permettraient d'aborder l'analyse de la concurrence de manière personnalisée. En effet, cette pluralité donne aux autorités de la concurrence une plus grande latitude pour réaliser une analyse complète, puisqu'elles peuvent choisir l'outil le plus adapté aux conditions particulières d'une affaire donnée. Abstraction faite des désavantages que peut éventuellement entraîner cette augmentation du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de la concurrence, il est évident que cette pluralité de méthodes accroît l'incertitude et peut éventuellement fragmenter le droit de la concurrence²⁶¹. Outre l'incertitude qui entoure l'application d'une méthode en particulier, la pluralité des méthodes entraîne également une incertitude quant à celle qui sera la plus pertinente. Par ailleurs, lorsque deux méthodes sont complémentaires, il est possible qu'elles génèrent des résultats contradictoires, ce qui aggrave le problème.

6.3.2.4. *Conclusions sur l'incertitude*

Outre l'incertitude générale suscitée par le fait que le concept de marché pertinent, ancré dans le droit de la concurrence, est utilisé à des degrés variables selon les pays, (comme en témoignent par exemple les concepts de position dominante ou de zones de sécurité) la présente section a relevé trois autres types d'incertitudes dont il convient sans doute de tenir compte pour déterminer si la procédure de définition de marché doit être complétée, voire remplacée, pour étudier les effets anticoncurrentiels d'une affaire.

Premièrement, nous avons vu que la définition de marché a valeur de précédent dans les diverses affaires, ce qui peut ne pas être le cas des autres outils. La détection directe d'effets anticoncurrentiels dans une affaire donnée ne permet pas nécessairement de tirer de nombreuses déductions dans une affaire différente, même lorsqu'elle porte sur des marchés, produits et régions similaires.

²⁶¹

Bien entendu, la fragmentation du droit n'ajoute pas une source de préoccupation à l'incertitude. Il n'est toutefois généralement pas optimal d'employer une approche au cas par cas ou selon la règle de raison s'il est possible d'élaborer des règles générales qui seront globalement tout aussi justes. Les économistes, et en particulier les conseillers, semblent trop souvent soucieux de parer au plus pressé en préconisant une analyse au cas par cas plutôt que de se livrer à l'exercice bien plus compliqué consistant à élaborer des règles générales valables au regard de la théorie économique. Voir Maier-Rigaud (2006:100).

Deuxièmement, nous avons évoqué la variabilité des résultats donnés par les diverses méthodes. Cette variabilité dépend notamment de l'expérience que les parties à une affaire de concurrence ont acquise de la méthode concernée, mais il existe aussi des explications directes des écarts de variabilité, qui sont liés par exemple aux informations nécessaires, mais aussi à la méthode en elle-même (ce qui est visible lorsque les conditions d'applicabilité sont théoriquement parfaites).

Troisièmement, le degré d'incertitude est accru par la pluralité des méthodes. Dans *FTC contre Whole Foods Mkt., Inc.*, la Cour d'appel des États-Unis a reconnu que « bien que le cadre pour établir un commencement de preuve en vertu de la section 7 du Clayton Act, 15 U.S.C.S., alinéa 18 repose sur la définition d'un marché pertinent et la démonstration d'un degré de concentration excessif sur ce marché, cette structure analytique n'exclut pas d'autres moyens de prouver une infraction à la section 7 sur le fond. »²⁶² Par conséquent, on pourrait en théorie également utiliser d'autres outils²⁶³.

Dès lors qu'il est possible de choisir parmi un éventail de méthodes, toutefois, l'incertitude inhérente à l'utilisation de toute méthode est encore accrue. En effet, il peut ne pas être évident de savoir quelle méthode appliquer dans une affaire donnée.

6.4 *Contraintes institutionnelles*

Le droit de la concurrence s'inscrit dans un contexte. Il est appliqué et mis en œuvre par divers acteurs et institutions. L'étude des implications d'une omission (partielle) ou de l'ajout d'un complément à la définition de marché serait lacunaire si elle ne tenait compte de la capacité des organismes compétents à adopter les nouveaux outils.

L'utilisation de nouveaux outils requiert sans conteste un savoir-faire économique. Or, dans la mesure où certaines autorités de la concurrence peuvent ne pas disposer d'un nombre suffisant d'économistes qualifiés, employer des outils plus sophistiqués peut ne pas être souhaitable²⁶⁴. Ces arguments ne doivent toutefois pas être pris au pied de la lettre car la preuve des effets sur les prix fournie par les indices de pression sur les prix est sans doute un concept bien plus intuitif que le fait d'utiliser le carré des parts de

²⁶² *FTC contre Whole Foods Mkt., Inc.*, 548 F.3d.

²⁶³ Le ministère de la Justice américain a reconnu que cela pouvait aussi être le cas dans le cadre des affaires de monopole. Dans son Rapport sur le comportement individuel des entreprises de 2008, le ministère de la Justice américain a expliqué que « s'il a été établi que le comportement d'une entreprise en position dominante porte atteinte à la concurrence, il est possible de se limiter à cette preuve et d'omettre purement et simplement la définition du marché pertinent. » Cependant, le ministère de la Justice a ajouté que « suivre cette approche soulève des préoccupations, l'une des principales étant que la preuve des effets, bien qu'elle soit très précieuse, est généralement imparfaite et peut parfois faire l'objet d'interprétations divergentes. Pour cette raison, exiger en outre une définition traditionnelle du marché – en y intégrant peut-être les preuves des effets présumés dont on dispose – est vraisemblablement utile car cela renforce la valeur des déductions et évite donc des erreurs potentiellement coûteuses. » De plus, « les preuves directes des bénéfices, des marges ou des élasticités de la demande d'une entreprise sont peu susceptibles de remplacer précisément ou de manière fiable l'approche traditionnelle qui consiste à tout d'abord délimiter le marché pertinent et ensuite étudier les parts de marché et les conditions d'entrée lorsque l'on tente d'établir si l'entreprise détient un pouvoir de monopole. »

²⁶⁴ Lopatka (2011) met par exemple en garde contre le risque que l'utilisation d'outils plus perfectionnés n'exclue du dialogue dont découle le résultat les « avocats et juges spécialistes de la concurrence peu versés dans l'économie ». Cependant, des juges prennent depuis bien longtemps des décisions dans des affaires techniques, qu'elles soient médicales ou autres. Cette inquiétude est donc peut-être exagérée. D'un point de vue plus fondamental, il est inexcusable de rejeter des méthodes plus efficaces du simple fait que ceux qui emploient les anciennes méthodes peuvent avoir du mal à s'adapter. Si ce critère était décisif, il est difficile d'imaginer que l'on puisse progresser dans quelque domaine que soit.

marché dans le cadre de l'IHH, méthode qui s'est en outre heurtée à une résistance considérable lorsqu'elle a été mise en œuvre aux États-Unis. Néanmoins, malgré tous ces inconvénients, l'utilisation du marché pertinent a l'avantage d'avoir été une pratique très courante des années durant et dans un certain nombre de pays. Il existe par conséquent une jurisprudence fournie pouvant être utile et informative pour les autorités moins expérimentées²⁶⁵. Par ailleurs, le marché pertinent est souvent utilisé comme filtre initial et non pas en remplacement d'une analyse complète. À cet effet, il est probablement l'approche la plus économe en ressources qu'une autorité puisse envisager.

Bien que les problèmes de contraintes institutionnelles puissent être moins sévères pour les systèmes de droit administratif, les économistes expriment également des préoccupations pour les systèmes contradictoires. Carlton (2010), par exemple, avance « [qu']il est malavisé de préconiser de quelque manière qui soit aux tribunaux d'abandonner l'utilisation du marché pertinent dans l'analyse des effets des fusions sur la concurrence car, en l'absence de délimitation des marchés pertinents, les tribunaux rendraient vraisemblablement davantage de jugements erronés ». Si l'utilisation des techniques économétriques se généralise, il est possible qu'il y ait un écart non négligeable entre les tâches que les juges sont tenus d'exercer et celles qu'ils seront dans la réalité capables d'exercer²⁶⁶.

6.5 *Alignement international*

À ce jour, le rôle décroissant de la définition du marché pertinent a fait l'objet de discussions dans quelques pays dotés de régimes de droit de la concurrence matures et bien établis. Étant donné l'adoption très répandue de droits de la concurrence de par le monde, il peut être utile et informatif de tenir compte de l'impact que pourrait avoir le fait de compléter ou de remplacer partiellement la définition du marché pertinent dans les pays les moins expérimentés²⁶⁷.

Bien qu'il soit en réalité peu probable que d'autres autorités étrangères s'inspirant d'instruments tels que les Lignes directrices américaines sur les fusions horizontales ne tiennent tout simplement aucun compte de la définition du marché, il est possible que la mise en œuvre efficace et cohérente du droit de la

²⁶⁵ Dans la même veine, on peut redouter que de jeunes autorités de la concurrence ne sautent les étapes par lesquelles les régimes de droit de la concurrence matures sont passés pour évoluer, et se lancent directement dans une analyse fondée sur les effets dans laquelle tout outil économique peut être autorisé. Il serait semble-t-il davantage conseillé aux autorités de commencer en utilisant une approche du droit de la concurrence certes moins à la pointe, mais finalement plus solide. Celle-ci reposerait sans doute largement sur la définition du marché pertinent.

²⁶⁶ Baker et Bresnahan (2008).

²⁶⁷ Il ne faut pas sous-estimer l'impact que l'évolution dans les juridictions les plus avancées peut avoir sur les autres. Prenons par exemple la révision des Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions au Canada. Dans son document de travail, le Bureau de la concurrence a explicitement demandé s'il devait envisager de modifier les Lignes directrices afin de mettre moins l'accent sur l'appréciation détaillée de la définition du marché pertinent pour davantage privilégier une évaluation directe des effets concurrentiels (question 1a). Il peut être intéressant de noter qu'en réponse à cette consultation, les départements du Droit de la concurrence et du Droit international de l'Association du barreau américain (ABA) ont répondu qu'ils n'étaient pas favorables à un abandon de l'appréciation détaillée de la définition du marché par le Bureau. De fait, « au contraire, les départements préconisent que le Bureau réaffirme dans les Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusion que la définition du marché pertinent est un élément indispensable dans toute décision remettant en cause une opération – y compris dans les affaires pour lesquelles le Bureau dispose de faits et d'outils économiques lui permettant d'évaluer de manière plus directe les effets sur la concurrence ». Contributions disponibles à l'adresse suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03338.html>

concurrence soit entravée quand bien même l'on se contenterait de minimiser le rôle de la définition de marché en tant qu'outil²⁶⁸.

Si les outils alternatifs ne sont adoptés que par certains pays seulement, l'évaluation des fusions internationales risque de mener plus souvent à des conclusions contradictoires et incompatibles lorsque les autorités compétentes suivent des approches complètement différentes.

7. Conclusion

La notion de marché pertinent a été introduite dans le droit de la concurrence afin d'aider les autorités de la concurrence à évaluer le pouvoir de marché, et ainsi les effets anticoncurrentiels, et à faire appliquer le droit de la concurrence. Cet outil a été conçu pour répondre à la question de l'existence, de la naissance et du renforcement du pouvoir de marché dans un contexte historique, avec une vision particulière de ce que sont les problèmes de concurrence et de la manière dont ils doivent être analysés. Au fil du temps, cette perception a évolué et le rôle de la définition du marché pertinent s'est étoffé. En plus d'être une méthode indirecte d'évaluation du pouvoir de marché, elle est aujourd'hui aussi un moyen de déterminer si les dispositions du droit de la concurrence, y compris les exceptions, s'appliquent.

Définir le marché pertinent est une première étape importante dans l'analyse de la concurrence car il est souvent impossible ou bien trop long d'évaluer directement le pouvoir de marché et les effets sur la concurrence. Par ailleurs, l'omniprésence de l'approche par les parts de marché permet d'atteindre une certitude juridique élevée dans toutes les affaires. La définition du marché pertinent remplit également une importante fonction de détection pour les entreprises, notamment dans le contexte de positions dominantes ou de zones de sécurité.

On délimite généralement le marché pertinent à l'aide du test du monopoleur hypothétique, lequel peut être réalisé en analysant la perte critique. En tant qu'instrument dans l'analyse des effets sur la concurrence, les parts de marché et les variations du degré de concentration peuvent servir d'indicateur du pouvoir de marché (ou de son accroissement) et des effets possibles sur la concurrence, comme par exemple dans le cadre des fusions. La définition du marché pertinent n'est quant à elle pas cantonnée à ce rôle. Elle permet de remplir d'autres missions dans chaque affaire, comme identifier l'aire de concurrence ainsi que les acteurs et les frontières du marché, autant d'éléments importants pour analyser les barrières du marché.

Le degré de concentration du marché et les variations de l'IHH ne sont toutefois pas toujours des indicateurs fiables des (éventuels) effets défavorables sur la concurrence. C'est particulièrement vrai dans le cas des marchés de produits différenciés et des marchés fonctionnant par appels d'offres, dans lesquels la proximité de la concurrence est plus importante que le niveau et la variation du degré de concentration. Dans les affaires d'abus de position dominante, délimiter le marché pertinent pose des difficultés particulières car cet exercice est étroitement lié à la théorie du préjudice, selon laquelle il faut déterminer si l'analyse est prospective ou rétrospective. Par ailleurs, il n'existe bien souvent aucun lien direct entre les parts de marché et les effets sur la concurrence d'une pratique commerciale donnée.

Des outils alternatifs ont par conséquent été mis au point. Dans certaines circonstances, ces derniers permettent d'évaluer les effets sur la concurrence de manière plus précise qu'avec l'approche fondée sur le degré de concentration. On a proposé divers indices de pression sur les prix qui pourraient constituer des filtres plus efficaces que l'approche fondée sur le marché pertinent / les parts de marché pour les fusions ayant lieu dans des marchés de produits différenciés, cette dernière approche ne donnant en effet souvent pas des résultats satisfaisants car elle ne tient pas compte de l'intensité de la concurrence. En principe, ces

²⁶⁸

Carlton et Israel (2010).

outils permettent aux autorités de ne pas délimiter le marché pertinent à la première étape d'une analyse de fusion, sous réserve qu'elles disposent des informations nécessaires. Dans les affaires d'abus de position dominante, il a été suggéré d'omettre purement et simplement la définition du marché pertinent et de la remplacer par une analyse directe des effets. Toutefois, cette procédure est également limitée aux affaires dans lesquelles on dispose de preuves manifestes d'effets anticoncurrentiels.

Ces outils étant des instruments spécialisés conçus pour être utilisés dans des circonstances particulières, il convient de les employer avec prudence. S'ils sont utilisés dans des situations pour lesquelles ils n'ont pas été conçus, les indices de pression sur les prix livreront par exemple des résultats trompeurs. Bien que les indices de pression sur les prix puissent détecter efficacement les fusions préoccupantes en termes de concurrence dans les marchés de produits différenciés, ils exigent de disposer d'informations sur le comportement de substitution des consommateurs et sur les marges des entreprises. Lorsque l'on étudie l'ampleur des effets d'une fusion sur les prix à l'aide des indices de pression sur les prix, l'estimation dépend quant à elle étroitement des hypothèses que l'on a formulées sur la forme de la fonction de la demande. Les prédictions peuvent alors être plus variables qu'on ne le souhaiterait.

La théorie économique a mis au point tout un éventail d'outils et le choix de la méthode appropriée dépend de plusieurs facteurs, comme les informations disponibles, le type de problème de concurrence soupçonné et, naturellement, le type de secteur concerné. Ces diverses méthodes pourraient permettre à une autorité de la concurrence de sélectionner la plus appropriée pour son enquête selon les propriétés de chaque affaire et, ainsi, obtenir des résultats plus justes au cas par cas.

D'un point de vue économique, il semblerait en effet raisonnable de ne pas concentrer toute son attention sur une seule et unique méthode. Tout bien considéré, il peut être utile d'élargir le champ de l'analyse et de choisir parmi un plus vaste panel de méthodes pour analyser plus précisément les éventuels effets anticoncurrentiels, mais il faut aussi envisager l'impact que cela peut avoir sur la prévisibilité du droit de la concurrence. Il faut évaluer les avantages que procure la souplesse d'utilisation de diverses approches substituables ou complémentaires à l'aune des éventuelles répercussions défavorables que ces approches peuvent avoir sur la certitude juridique.

Dans l'ensemble, les nouveaux outils qui sont proposés ne devraient pas changer radicalement la politique de la concurrence. Sur le front des fusions, ils ne joueront vraisemblablement un rôle important que dans les marchés de produits différenciés où la concurrence s'exerce sur les prix et où les effets unilatéraux sont au premier rang des préoccupations. L'impact sera probablement moindre sur d'autres domaines du droit de la concurrence.

La définition du marché pertinent est un outil important et incontournable pour analyser les effets anticoncurrentiels possibles de chaque affaire et, dans un certain nombre de pays, pour établir par ailleurs l'applicabilité du droit de la concurrence. Néanmoins, il convient de tenir compte des progrès réalisés dans les méthodes d'analyse et de permettre d'utiliser des outils plus adaptés à certaines affaires que l'approche du marché pertinent / des parts de marché. Dans un certain sens, il n'est pas surprenant que l'on améliore en permanence, aujourd'hui comme demain, la manière d'évaluer le pouvoir de marché pour établir des infractions au droit de la concurrence. La forme que prend cette amélioration dépend non seulement du système juridique en place et de ses usages, mais aussi de la mesure dans laquelle le concept de définition du marché pertinent est ancré dans le droit de la concurrence.

BIBLIOGRAPHIE

- ABBOTT, K. W. et D. SNIDAL (2000), « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, vol. 54, n° 3, pp. 421-456.
- ALEKSANDROV, A, G. DELTAS et D.F. SPULBER (2011), « Antitrust and Competition in Two-Sided Markets », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, pp. 775-812.
- ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), Rapport et recommandations, disponibles à l'adresse suivante : http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.
- AREEDA, PH. et D.F. TURNER (1978), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, Aspen Law & Business, New York
- ARMSTRONG, M. (2006), « Competition in Two-Sided Markets », *RAND Journal of Economics* vol. 37, n° 3, pp. 668-691.
- AYRES, I. (1985), « Rationalizing Antitrust Cluster Markets », *Yale Law Journal*, vol. 95, pp. 109-125.
- BAILEY, E., G. LEONARD, S. OLLEY et L. WU (2010), « Merger Screen: Market-Share Based Approaches Versus Upward Pressure on Price », *The Antitrust Source*, février 2010, pp. 1-10.
- BAKER, J.B. (2002), « Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws », *New York University Law Review*, vol. 77, pp. 135-203.
- BAKER, J.B. (2007), « Market Definition: An Analytical Overview », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, pp. 129-173.
- BAKER, J.B. (2007a), « Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261.
- BAKER, J.B. (2010), « Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers », in K. HYLTON (dir. pub.), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 234-260.
- BAKER, J.B. (2011), « Merger Simulation in an Administrative Context », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1790943.
- BAKER, J.B. et T.F. BRESNAHAN (1988), « Estimating the Residual Demand Curve Facing a Single Firm », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 6, pp. 283-300.
- BAKER, J.B. et T.F. BRESNAHAN (2008), « Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power », in P. BUCCIROSSI (dir. pub.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Mass., pp. 1- 42.

- BAKER, J.B. et D. REITMAN (2009), *Research Topics in Unilateral Effects Analysis*, American University, College of Law, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1504863.
- BAUER, J.P. (2006), « Antitrust Implications of Aftermarkets », Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 06-14, disponible à l'adresse suivante : <http://www.nd.edu/~ndlaw/faculty/bauer/antitrustimplications.pdf>.
- BEATON-WELLS, C. (2006), « Mergers without Markets? Unilateral Effects in the United States and its Prospects in Australia », *Australian Business Law Review*, vol. 34, p. 186.
- BISHOP, B. et M. WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3^e édition, Sweet and Maxwell, Londres.
- BOADWAY, R. et N. BRUCE (1984) : *Welfare Economics*, Oxford University Press, Oxford
- BOSHOFF, W. (non daté), « Antitrust Market Definition: Rationale, Challenges and Opportunities in South African Competition Policy », document non publié, disponible à l'adresse suivante : <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/Fourth-Competition-Law-Conference/Session-4B/Boshoff-Market-Definition.pdf>.
- BRIGLAUER W. (2007), « Conceptual Problems with the Hypothetical Monopolist Test in Ex-Ante Regulation of Communications under the New Regulatory Framework », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, n° 2, pp. 311-334.
- BUDZINSKI, O. et I. RUHMER (2009), « Merger Simulation in Competition Policy: A Survey », *Journal of Competition Policy and Economics*, vol. 6, pp. 277-319.
- CAMESASCA, P.D. et R.J. VAN DEN BERGH (2002), *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2^e édition, Sweet et Maxwell, Londres.
- CARLTON, D.W. (2007), « Market Definition: Use and Abuse », *Competition Policy International*, vol. 3, n° 1.
- CARLTON, D.W. (2010), « Revising the Horizontal Merger Guidelines », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, pp. 619-652.
- CARLTON, D.W. et M. ISRAEL (2010), « Will the New Guidelines Clarify or Obscure Antitrust Policy? », *The Antitrust Source*, octobre 2010, pp. 1-4.
- CHANDRA, A. et A. COLLARD-WEXLER (2009), « Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 18, n° 4, pp. 1045-1070.
- CHEUNG, L. (2011), « The Upward Pricing Pressure Test for Merger Analysis – An empirical examination », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://www.econ.umn.edu/~cheun073/Cheung_JMP.pdf.
- COATE, M.B. (2011), « Benchmarking the Upward Pricing Pressure Model with Federal Trade Commission Evidence », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, n° 4, pp. 1-22.

- COATE, M.B. et F.H. FISHER (2008), « A Practical Guide to the Hypothetical Monopoly Test for Market Definition », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, pp. 1031-1063.
- COATE, M.B. et J.J. SIMONS (2009), « Critical Loss vs. Diversion Analysis: Clearing up the Confusion », *GCP: The Antitrust Chronicle*, décembre 2009, pp. 1-15.
- COATE, M.B. et J.J. SIMONS (2010a), « Critical Loss vs. Diversion Analysis: Another Attempt to Consensus », *The CPI Antitrust Journal*, avril 2010, pp. 1-8.
- COATE, M.B. et J.J. SIMONS (2010b), « Models, Mathematics and Critical Loss », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1346067
- COATE, M.B. et J.J. SIMONS (2012), « In Defense of Market Definition », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1967208.
- COATE, M.B. et M.D. WILLIAMS (2005), « Generalized Critical Loss for Market Definition », Potomac Working Paper in Law and Economics 05-01, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=669146.
- COATE, M.B. et M.D. WILLIAMS, (2008), « A Critical Commentary on the Critical Comments on Critical Loss », *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, pp. 987-1025.
- BUREAU DE LA CONCURRENCE (Canada, 2011) Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi, disponible à l'adresse suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html>
- DALJORD, O. et L. SØRGARD (2011), « Single-Product versus Uniform SSNIPs », *International Review of Law and Economics*, vol. 31, n° 2, pp. 142-146.
- DALJORD, O., SØRGARD, L. et O. THOMASSEN (2007), « The SSNIP Test and Market Definition with the Aggregate Diversion Ratio: A Reply to Katz and Shapiro », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, pp. 263-270.
- DAVIDSON, C. et R.J. DENECKERE (1986), « Long-Run Competition in Capacity, Short-Run Competition in Price, and the Cournot-Model », *RAND Journal of Economics*, vol. 17, pp. 404-415.
- DAVIS, P. et E. GARCÉS (2009), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, Princeton.
- DOANE, M., L. FROEB et S. TSCHANTZ (2010), « Warning: Improper Use of the New *Horizontal Merger Guidelines* can Result in Overly Narrow Markets, Mistaken Inferences of Market Power, and Wrong-Headed Analysis », *Antitrust Journal*, octobre 2010, pp. 1-7.
- EAGCP (2005), « An Economic Approach to Article 82 », groupe consultatif économique pour la politique de concurrence, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.
- EMCH, E. et T.S. THOMSON (2006), « Market Definition and Market Power in Payment Card Networks », *Review of Network Economics*, vol. 5, n° 1, pp. 45-60.
- EPSTEIN, R. et D.L. RUBINFELD (2010), « Understanding UPP », *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, n° 1.

UE *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale* J.O. [2011] C 11/1.

UE *Lignes directrices sur les restrictions verticales* J.O. [2010] C130/1.

UE *Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, J.O. [2009] C 45/7

UE *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 101 du traité CE aux accords de transfert de technologie* J.O. [2004] C 101/2.

EVANS, D. (2003), « The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets », *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, pp. 325-381.

EVANS, D. (2010), « Lightning Up on Market Definition » in E.R. ELHAUGE (dir. pub.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Pub, pp. 53-89.

EVANS, D.S. et M.D. NOEL (2005), « Defining Antitrust Markets when Firms Operate Multi-Sided Platforms », *Columbia Business Law Review*, vol. 3, pp. 667-701.

EVANS, D.S., et M.D. NOEL, (2008), « The Analysis of Mergers that Involve Multi-Sided Platform Businesses », *Journal of Competition Law and Economics* vol. 4, pp. 663-695.

EVANS, D.S. et R. SCHMALENSEE, (2007), « The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms », *Competition Policy International*, vol. 3, pp. 151-179.

EZRIELEV, J. et J.J. SIMONS (2011), « The 2010 Merger Guidelines, Critical Loss, and Linear Demand », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, n° 3, pp. 497-522.

FARRELL, J. (2011), « Fox, or Dangerous Hedgehog? Keyte and Schwarz on the 2010 Horizontal Merger Guidelines », *Antitrust Law Journal*, vol. 77, pp. 661-668.

FARRELL, J. et C. SHAPIRO (1990), « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis », *American Economic Review*, vol. 80, pp. 107-126.

FARRELL, J. et C. SHAPIRO (2008), « Improving Critical Loss », *The Antitrust Source*, février 2008, pp. 1-17.

FARRELL, J. et C. SHAPIRO (2010a), « Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: Response », *The CPI Antitrust Journal*, février 2010, pp. 1-17.

FARRELL, J. et C. SHAPIRO (2010b), « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition », *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, n° 1.

FARRELL, J. et C. SHAPIRO (2010). « Upward Pricing Pressure in Horizontal Merger Analysis: Reply to Epstein and Rubinfeld », *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, n° 1.

FEDERAL TRADE COMMISSION (2011) Déclaration dissidente de la Commissaire Julie Brill sur la décision de la Commission de débouter son appel dans l'affaire *FTC contre LabCorp.*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.ftc.gov/os/caselist/1010152/110324lapcorpstatement.pdf>

- FEDERAL TRADE COMMISSION (2011) Dans l'affaire Polypore International, Inc., dossier n° 9327, Opinion concordante du Commissaire J. Thomas Rosch, disponible à l'adresse suivante : <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9327/101213polyporeconcurringopinion.pdf>
- FILISTRUCCHI, L. (2008a), « A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media », document non publié, , disponible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287442.
- FILISTRUCCHI, L. (2008b), « A SSNIP Test for Two-Sided Markets: Some Theoretical Considerations », Net Institute Working Paper 08-34, disponible à l'adresse suivante : http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/blonski/vwl_kolloquium/SSNIPin2sidedi.pdf.
- FILISTRUCCHI, L., D. GERADIN et E. VAN DAMME (2012), « Identifying Two-Sided Markets », Tilec Discussion paper DP 2012-008, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2008661.
- FILISTRUCCHI, L., T.J. KLEIN et T. MICHELSEN (2011), « Merger Simulation in a Two-Sided Market: The Case of the Dutch Daily Newspapers », NET Institute Working Paper No. 10-15, disponible à l'adresse suivante : http://merlin.fae.ua.es/activities/list/pdf/filistrucchi_klein20101019.pdf.
- FISHER, F. (1987), « Horizontal Mergers: Triage and Treatment », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, n° 2, pp. 23-40.
- FROEB, L.M., S. TSCHANZ et G.J. WERDEN (2001), « Pass-through Rates and the Price Effects of Mergers », Working Paper, Owen Graduate School of Management, Vanderbilt University, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274848.
- FROEB, L.M. et G.J. WERDEN (2002), « The Antitrust Logit Model for Predicting Unilateral Competitive Effects », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 257-260.
- FROEB, L.M. et G.J. WERDEN (2008), « Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers », in P. BUCCIROSSI (dir. pub.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Mass., pp. 43-104.
- FROEB, L.M. et G.J. WERDEN (2011), « Choosing among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804243.
- GABAIX, X. et D. LAIBSON (2006), « Shrouded Attributes, Consumer Myopia, And Information Suppression In Competitive Markets », *Quarterly Journal of Economics*, 121, 505-540.
- GARZA, D.A. (2010), « Market Definition, the New Horizontal Merger Guidelines, and the Long March Away from Structural Presumptions », *The Antitrust Source*, octobre 2010, pp. 1-5.
- GEROSKI, P.A. et R. GRIFFITH (2003), « Identifying Anti-Trust Markets », The Institute for Fiscal Studies, WP03/01, disponible à l'adresse suivante : <http://ideas.repec.org/p/ifs/ifsewp/03-01.html>.
- GUAL, J. (2003), « Market Definition in the Telecoms Industry », CEPR Discussion Paper No. 3988.
- GUPTA, S. (2002), « Competition and Collusion in a Government Procurement Auction », *Atlantic Economic Journal*, vol. 30, pp. 13-25.

- HARRIS, B.C. et J.J. SIMONS (1989), « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? », *Research in Law and Economics*, vol. 12, pp. 207-226.
- HAUSMAN, J. A. (2010), « Merger Guidelines: Empirical Analysis », *The Antitrust Source*, octobre 2010, pp. 1-5.
- HAUSMAN, J.A., D. LEONARD et CHR. VELLTURO, (1996), « Market Definition Under Price Discrimination », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, pp. 386.
- HAUSMAN, J.A., S. MORESI et M. RAINEY (2011), Unilateral Effects of Mergers with General Linear Demand, *Economics Letters*, vol. 111, n° 2, pp. 119-121.
- HAUSMAN, J.A. et G. SIDAK (2007), « Evaluating Market Power Using Competitive Benchmark Prices Rather than the Hirschman-Herfindahl Index », *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n° 2, pp. 387-407.
- HEIDHUES, P., KÖSZEGI, B. et MUROOKA T. (2012), « The Market for Deceptive Products », document de travail disponible à l'adresse suivante : <http://elsa.berkeley.edu/~botond/deception.pdf>.
- HOVENKAMP, H. (1993), « Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case », *UCLA Law Review*, vol. 40, pp. 1447-1460.
- HOVENKAMP, H. (2011), « Markets in Merger Analysis », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945964.
- INDERST, R. et U. SCHWALBE (2009), « Effekte verschiedener Rabattformen – Überlegungen zu einem ökonomisch fundierten Ansatz », *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, vol. 7, n° 1, pp. 65-84.
- IVALDI, M. et S. LÖRINCZ (2005), « A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers », CEPR Discussion Papers 4917.
- IVALDI, M. et S. LÖRINCZ (2011), « Implementing Relevant Market Tests in Antitrust Policy: Application to Computer Servers », *Review of Law and Economics*, vol. 7, n° 1, pp. 31-73.
- JAFFE, J. et E.G. WEYL (2012), « The First-Order Approach to Merger Analysis », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1765024.
- KAPLOW, L. (2010), « Why (Ever) Define Markets? », *Harvard Law Review*, vol. 124, pp. 437-517.
- KAPLOW, L. (2011), « Market Definition and the Merger Guidelines », *Review of Industrial Organisation*, vol. 39, pp. 107-125.
- KATZ, M. L. et C. SHAPIRO, (2003), « Critical Loss: Let's Tell the Whole Story ». *Antitrust*, printemps 2003, pp. 49-56.
- KATZ, M, L. et C. SHAPIRO (2004), « Further Thoughts on Critical Loss », *The Antitrust Source*, pp. 1-9.
- KATZ, M.L. et H.A. SHELANSKI (2005), « Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change? », in JAFFE, A.B., J. LERNER et S. STERN (dir. pub.), *Innovation Policy and the Economy*, MIT Press, Cambridge, pp. 109-165.

- KERBER, W. et U. SCHWALBE (2008), « Economic Principles of Competition Law », in G. HIRSCH, F. MONTAG et F.-J. SÄCKER (dir. pub.), *Competition Law, European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, Londres, pp. 202-393.
- KEYTE, J. (1995), « Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 697-748.
- KEYTE, J.A. et K.B. SCHWARZ, (2011), « "Tally-Ho!" : UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines », *Antitrust Law Journal*, vol. 77, pp. 587-650.
- KIRKWOOD, J. (2011), « The Predictive Power of Merger Analysis », *The Antitrust Bulletin*, vol. 56, n° 3, pp. 543-582.
- KLEIN, B. (1999), « Market Power in Franchise Cases in the Wake of Kodak: Applying Post-Contract Hold-Up Analysis to Vertical Relationships », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 283-362.
- KOLASKY, W.J., (2002), « What is Competition? », document non publié, disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.htm>
- KREPS, D. et J. SCHEINKMAN (1983), « Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes », *Bell Journal of Economics*, vol. 14, pp. 326-337.
- LEONELLO, A. (2009), « Horizontal Mergers in Two-Sided Markets », document non publié, disponible à l'adresse suivante : <http://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tilec/meetingsandevents/03cleen/leonello.pdf>.
- LOPATKA, J. (2011), « Market Definition? », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1-2, pp. 69-93.
- MAIER-RIGAUD, F.P. (2006), « Article 82 Rebates: Four Common Fallacies », *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 85-100.
- MAIER-RIGAUD, F. et K. PARPLIES (2009), « EU Merger Control Five Years after the Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity? », *European Competition Law Review*, vol. 30, n° 11, pp. 565-579.
- MAIER-RIGAUD, F. P. (2012) On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete in D. ZIMMER (dir. pub.), *The Goals of Competition Law*, (ASCOLA Competition Law Series), Edward Elgar, pp. 132-168.
- MAISEL, L. C. (1983), « Submarkets in Merger and Monopolization Cases », *Georgetown Law Review*, vol. 72, pp. 39-71.
- MANSUR, Y.M. (1995), *Fuzzy Sets and Economics*, Edward Elgar, Aldershot.
- MORESI, S. (2010), « The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis », *The Antitrust Source*, février 2010, pp. 1-12.
- MOTTA, M. (2004), *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NOEL, M. D. (2011), « Upward Price Pressure, Merger Simulation, and Merger Simulation Light », *Competition Policy International*, mars 2011.

- O'BRIEN, D.P. et A.L. WICKELGREN (2003), « A Critical Analysis of Critical Loss Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pp. 161-184.
- O'BRIEN, D.P. et A.L. WICKELGREN (2004) « The State of Critical Loss Analysis: Reply to Scheffman and Simons », *The Antitrust Source*, mars 2004, pp. 1-6.
- OCDE (2012a) Excessive Prices, disponible à l'adresse suivante :<http://www.oecd.org/dataoecd/5/3/49604207.pdf>
- OCDE (2012b) La concurrence dans les services hospitaliers, disponible à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/dataoecd/18/45/49514044.pdf>
- OCDE (2011) Les preuves économiques dans l'analyse des fusions, disponible à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>
- OCDE (2009) Two-Sided Markets, disponible à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/dataoecd/38/61/44445730.pdf>
- OCDE (2006) Competition in Bidding Markets, disponible à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/dataoecd/44/1/38773965.pdf>
- OSBORNE, M.J. et C. PITCHIK (1986), « Price Competition in a Capacity Constraint Duopoly », *Journal of Economic Theory*, vol. 38, pp. 238-260.
- PIETERS, C. (2006), « Evaluating the Performance of Merger Simulations: Evidence from the U.S. Airline Industry », *Journal of Law and Economics*, vol. 49, pp. 627-649.
- PITOFSKY, R. (1990), « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review* 90, n° 7, pp. 1805, 1807.
- PLEATSIKAS, CH. et D.J. TEECE (2001), « The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, pp. 665-693.
- RILL, J.F. (1990), « Merger Enforcement at the Department of Justice », *Antitrust Law Journal*, vol. 59, pp. 45-61.
- ROCHET, J-C. et J. TIROLE (2006), « Two-Sided Markets: A Progress Report », *RAND Journal of Economics*, vol. 37, pp. 645-667.
- SCHEFFMAN, D.T. et J.J. SIMONS (2003), « The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story », *The Antitrust Source*, novembre 2003, pp. 1-9.
- SCHMALENSEE, R. (2009), « Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition? », *GCP: The Antitrust Chronicle, Chronicle*, décembre 2009, pp. 1-7.
- SHAPIRO, C. (1995), « Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 483-512.
- SHAPIRO, C. (2011), « The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years », *Antitrust Law Journal*, vol. 77, pp. 701-759.

- SHAPIRO, C. et D.J. TEECE (1994), « Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak », *Antitrust Bulletin*, vol. 39, pp. 135-162.
- SIMONS, J. et M. COATE (2010), « Upward Pressure on Price Analysis; Issues and Implications for Merger Policy », *European Competition Journal*, vol. 6, n° 2, pp. 377-396.
- SNYDER, F. (1993), « The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques », *The Modern Law Review*, vol. 56, n° 1, pp. 19-54.
- STIGLER, G.J. (1964), « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol. 72, pp. 44-61.
- SULLIVAN, L. (1977), *Handbook of the Law of Antitrust*, West Publishing, Minneapolis.
- SZYSZCZAK, E. (2011), « Controlling Dominance in European Markets », *Fordham International Law Journal*, vol. 33, n° 6, pp. 1738-1775.
- TEN KATE, A. et G. NIELS (2009), « The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5, n° 2, pp. 297-333.
- TOWNLEY, C. (2011), « The Relevant Market: An Acceptable Limit to Competition Analysis », *European Competition Law Review*, vol. 32, n° 10, pp. 490-499.
- MINISTÈRE AMÉRICAIN DE LA JUSTICE ET FTC (2010), Horizontal Merger Guidelines, disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>
- MINISTÈRE AMÉRICAIN DE LA JUSTICE (2008), Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>
- VARMA, G.D. (2009), « Will the use of the Upward Pricing Pressure Test Lead to an Increase in the Level of Merger Enforcement? », *Antitrust*, vol. 24, pp. 27-32.
- VARNEY, C. (2011), « The 2010 Horizontal Merger Guidelines: Evolution, Not Revolution », *Antitrust Law Journal*, vol. 77, n° 2, pp. 651-660.
- WALTERS, C.H. (2007), « Diversion Ahead! Approximating Diversion Ratios for Retail Chain Mergers », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our_role/analysis/diversion_ratios
- WEINBERG, M. (2011), « More Evidence on the Performance of Merger Simulations », *American Economic Review: Paper & Proceedings*, vol. 101, pp. 51-55.
- WEINBERG, M. et HOSKENS, D. (2009), « Using Mergers to Test a Model of Oligopoly », Working Paper, Bryn Mawr College.
- WERDEN, G. (1991), « Horizontal Mergers: Comment », *American Economic Review*, vol. 81, pp. 1002-1006.
- WERDEN, G. (1996a), « A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products », *Journal of Industrial Economics*, vol. 44, pp. 409-413.

- WERDEN, G. et FROEB, L. (1996b), « Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries », in: M. COATE et A. KLEIT (dir. pub.), *The Economics of the Antitrust Process*. New York, pp. 65-88.
- WERDEN, G. (1997), « Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practical Alternative to Structural Merger Policy », *George Mason Law Review*, vol. 5, pp. 363-386.
- WERDEN, G. (1998), « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 66, pp. 363-414.
- WERDEN, G. (2000), « Market Delineation under the Merger Guidelines: Monopoly Cases and Alternative Approaches », *Review of Industrial Organization*, vol. 16, pp. 211-218.
- WERDEN, G. (2002), « Assigning Market Shares for Antitrust Analysis », in D.J. SLOTTJE (dir. pub.), *Measuring Market Power*, Elsevier, Amsterdam, pp. 1-29.
- WERDEN, G. (2003), « The 1982 *Merger Guidelines* and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n° 1, pp. 253-276.
- WERDEN, G. (2006), « Unilateral Effects from Mergers: The *Oracle* Case », in: P. MARSDEN (dir. pub.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 1-15.
- WERDEN, G. (2008), « Beyond Critical Loss: Tailoring Applications of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Global Competition Policy*, février 2008.
- WERDEN, G. (2012) « Why (Ever) Define Market? An Answer to Professor Kaplow », document non publié, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655
- WHITE, L. (1987), « Antitrust and Merger Policy: A Review and Critique », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 1, n° 2, pp. 12-22.
- WILLIG, R. (1991) « Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines », 1991 *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, pp. 281-312.
- WILLIG, R. (2011) « Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1-2, pp. 19-38.
- YOSHIMOTO, H. (2012) « Reliability Examination in Horizontal-Merger Price Simulations: An Ex-Post Evaluation of the Gap between Predicted and Observed Prices in the 1998 Hyundai-Kia Merger », document non publié, disponible à l'adresse suivante : <http://hisayoshimoto.bol.ucla.edu/research.html>.
- ZIMMERMAN, P. R. (2011), « Evaluating the Relative Performance of Upward Pricing Pressure Screens with Share-Based Diversion Ratios », *European Competition Journal*, vol. 7, n° 3, pp. 407-420.

AUSTRALIA

1. Some practical issues with market definition: an Australian perspective

1.1 *Australia's competition regulation framework*

Australia operates a common law legal system. In Australia, the body responsible for deciding whether conduct is anti-competitive and contravenes Part IV of the *Competition and Consumers Act* (the Act) is the Federal Court of Australia (the Court). To prove a contravention of the Act in the Court, the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) or any private party commencing proceedings must gather and present evidence to the Court supporting the alleged contravention. Those accused of contravening the Act have the opportunity to challenge this evidence in the Court and present their own evidence in response to the ACCC's or a private party's claim.

While the ultimate arbiter of contraventions of the Act is the Court, the ACCC has a range of functions and processes in administering the Act. These functions can loosely be described as an enforcement role, a mergers clearance role and an adjudication role.

In its enforcement role, the ACCC investigates and analyses conduct that may or may not ultimately find its way before the Court. The role involves assessing conduct that may breach the Act. Under Part IV of the Act, some types of conduct are considered as *per se* breaches (such as bid rigging), while other types of conduct are subject to a competition test. The ACCC has discretion over whether to pursue a matter before the Court.¹ The decision whether to do so is informed by a range of factors, including a judgement of the likely effects of the conduct on competition and competitive processes.

In its merger clearance role, the ACCC investigates and analyses the likely effects of mergers or acquisitions on competition. Part IV of the Act prohibits mergers or acquisitions that would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in any market. Unlike other provisions of Part IV, the ACCC has the sole power to seek a permanent injunction from the Court to prevent the completion of a merger in Australia that breaches the Act.² While parties to a merger are not required to notify the ACCC of a proposed acquisition, the risk that the ACCC may seek to prevent the merger has resulted in the development of an informal merger clearance process. Within this process, the parties voluntarily notify the ACCC of the proposed acquisition. The ACCC then investigates and analyses the matter and communicates with the parties as to whether or not it will seek to prevent the transaction in the Court.³ Given the usual timeframes for mergers or acquisitions, proceeding to Court can be an

¹ If the ACCC decides not to pursue a matter before the Court, it does not preclude a private party from doing so.

² See section 80(1A) of the Act.

³ A voluntary formal merger clearance regime was introduced into the Act in 2007. Under this regime, a decision by the ACCC to grant clearance provides the applicant with immunity to proceed with the transaction and a decision to not grant clearance (or the terms upon which the ACCC provides a clearance) can be appealed by the applicant to the Australian Competition Tribunal. No parties have applied to the ACCC for formal merger clearance to date.

unattractive option for parties. As a result, nearly all merger reviews conducted by the ACCC are not subject to consideration by the Court.

In its adjudication role, the ACCC investigates and analyses the likely effects of notified conduct on competition and assesses whether there are any offsetting public benefits. The ACCC can grant immunity for specified conduct under Part IV of the Act if it is satisfied that there are public benefits from the conduct and those public benefits outweigh any detriment to the public, principally from any lessening of competition that is likely to result from the conduct. The test, as applied by the ACCC, is economic in nature. It typically involves an assessment of the effect of the conduct on economic efficiency. Decisions by the ACCC in this regard can be reviewed in the first instance by the Australian Competition Tribunal (the Tribunal).⁴ The Tribunal is made up of Federal Court judges, economists and business people.

The interaction and approach adopted by the regulator, private parties, the Court and the Tribunal shapes over time the approach taken to determining whether conduct contravenes Part IV of the Act, including the approach to market definition.

2. Market definition in Australian law

As with many other countries, markets are enshrined in Australian antitrust legislation and common law. Each of the functions described above, invariably requires the ACCC to assess relevant markets and define the boundaries of those markets. Even where there is no legislative proscription, market definition provides a useful framework for analysing the likely consequences or harm to competition from conduct that may breach the Act.

3. Substitution and market definition in Australia

The basic tenet of market definition in Australia is substitution. The product dimension of markets are typically determined by the willingness and scope for customers to substitute between one product and another product (demand-side substitution) and for producers to shift their production capabilities from one product to another (supply side substitution). A similar approach is often used to define the geographic boundaries of markets.

This was well captured in 1976 by the Tribunal in *QCMA*.⁵ The members of the Tribunal⁶ stated:

“We take the concept of a market to be basically a very simple idea. A market is the area of close competition between firms or, putting it a little differently, the field of rivalry between them. (If there is no close competition there is of course a monopolistic market). Within the bounds of a market there is substitution –substitution between one product and another, and between one source of supply and another, in response to changing prices. So a market is the field of actual and potential transactions between buyers and sellers amongst whom there can be strong

⁴ As they are administrative in nature: cf *R v Trade Practices Tribunal; Ex parte Tasmanian Breweries Pty Ltd* [1970] HCA 8; (1970) 123 CLR 361 (24 March 1970).

⁵ *Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Defiance Holdings Ltd. (Proposed Mergers with Barnes Milling Ltd.) Review of Commission’s determination denying authorization*, (1976) ATPR ¶40–012, 5 March 1976. The Trade Practices Tribunal was the predecessor of the Australian Competition Tribunal.

⁶ Justice Woodward, President; J.A.F. Shipton and M. Brunt, Members. Professor Maureen Brunt, an economist, played a particularly pivotal role in developing the approach to market definition in Australia, through her role as a member of the Tribunal.

substitution, at least in the long run, if given a sufficient price incentive. Let us suppose that the price of one supplier goes up. Then on the demand side buyers may switch their patronage from this firm's product to another, or from this geographic source of supply to another. As well, on the supply side, sellers can adjust their production plans, substituting one product for another in their output mix, or substituting one geographic source of supply for another. Whether such substitution is feasible or likely depends ultimately on customer attitudes, technology, distance, and cost and price incentives.

It is the possibilities of such substitution which set the limits upon a firm's ability to "give less and charge more". Accordingly, in determining the outer boundaries of the market we ask a quite simple but fundamental question: If the firm were to "give less and charge more" would there be, to put the matter colloquially, much of a reaction? And if so, from whom?⁷

This was subsequently enshrined in legislation. Section 4E of the Act⁸ provides:

"For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, "market" means a market in Australia and, when used in relation to any goods or services, includes a market for those goods or services and other goods or services that are substitutable for, or otherwise competitive with, the first-mentioned goods or services."

In determining whether Part IV of the Act has been contravened, the Courts, antitrust practitioners and the ACCC adopt a purposive approach to market definition. At a general level, the purposive approach involves defining markets in a manner to capture the substitution possibilities that constrain the firm in relation to the disputed conduct.⁹

As Mason CJ and Wilson J observed in *Queensland Wire Industries Pty Ltd v Broken Hill Pty Co Ltd*¹⁰:

"In identifying the relevant market, it must be borne in mind that the object is to discover the degree of the defendant's market power. Defining the market and evaluating the degree of power in that market are part of the same process, and it is for the sake of simplicity of analysis that the two are separated. ... After identifying the appropriate product level, it is necessary to describe accurately the parameters of the market in which the defendant's product competes: too narrow a description of the market will create the appearance of more market power than in fact exists; too broad a description will create the appearance of less market power than there is."

In *Singapore Airlines*, French, J. also stated in regard to the concept of a market:

"In competition law it has a descriptive and purposive role. It involves fact finding together with evaluative and purposive selection. In any given application it describes a range of economic

⁷ *Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Defiance Holdings Ltd. (Proposed Mergers with Barnes Milling Ltd.) Review of Commission's determination denying authorization*, (1976) ATPR ¶17-247.

⁸ Introduced in 1977 following the Trade Practices Act Review Committee, *Report to the Minister of Business and Consumer Affairs*, August 1976, AGPS, Canberra (The Swanson Report).

⁹ Smith, R. And Walker, J. (1997) *Australian Trade Practices and the Emerging Role of Commercial Reality versus Substitution in Market Definition* *Competition and Consumer Law Journal*, 1, p3.

¹⁰ *Queensland Wire Industries Pty. Ltd. v Broken Hill Pty Co. Ltd.* [1989] HCA 6; (1989) 167 CLR 177; ATPR ¶50-008.

*activities defined by reference to particular economic functions (e.g. manufacturing, wholesale or retail sales), the class or classes of products, be they goods or services, which are the subject of those activities and the geographic area within which those activities occur.*¹¹

The purposive approach has its origins in the writings of E S Mason who stated:

*“. . . the market, and market structure, must be defined with reference to the position of a single seller or buyer. The structure of the seller's market, then, includes all those considerations which he takes into account in determining his business policies and practices. His market includes all buyers and sellers, of whatever product, whose action he considers to influence his volume of sales.*¹²

The purposive approach is reflected in the ACCC *Merger Guidelines*¹³:

*“Market definition establishes the relevant ‘field of inquiry’ for merger analysis, identifying those sellers and buyers that may potentially constrain the commercial decisions of the merger parties and the merged firm, and those participants, particularly customers that may be affected if the merger lessens competition.*¹⁴

The purposive approach to market definition does not, as a rule, result in broader or narrower market boundaries. Rather, it aims to define the market in a way to best determine the field of inquiry relevant to the conduct of interest. It also does not mean there will not be differences in opinion about what the market boundaries should be.

4. Difficulties in applying and explaining economic tests of substitution

The most immediate issue in assessing market boundaries is how closely substitutable two products must be to be included in the same market. Economists typically think of cross-elasticities when considering whether two products are close substitutes.¹⁵ As noted by the Tribunal in *QCMA*:

“In the language of economics the question is this: From which products and which activities could we expect a relatively high demand or supply response to price change, i.e. a relatively high cross-elasticity of demand or cross-elasticity of supply?”¹⁶

¹¹ *Singapore Airlines Ltd., Taprobane Tours Wa Pty. Ltd.* [1991] 33 FCR 158; 104 ALR 633; (1992) ATPR ¶40-168.

¹² Mason E. S., 1939. "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise," *American Economic Review*, 29(1, Supplement), pp. 61-74.

¹³ *ACCC Merger Guidelines*, 2008 - <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/809866>

¹⁴ *Ibid* [4.2].

¹⁵ Dr Smith and Dr Walker question whether cross elasticity of supply is necessarily a measure of substitution in (1997) *Australian Trade Practices and the Emerging Role of Commercial Reality versus Substitution in Market Definition* *Competition and Consumer Law Journal*, 1, p3.

¹⁶ *Re Queensland Co-Op Milling Association Limited and Defiance Holdings Limited (QCMA)* (1976) 8 ALR 518.

This however simply changes the question from:

- How substitutable must two products to be included in the same market?, to
- How large must the cross-elasticity of demand be in order for two products to be included in the same market?

It also pre-supposes that cross-elasticities can be estimated with sufficient precision to distinguish between close and more distant substitutes. More often than not (at least in the experience of the ACCC), the right type of data is not available to estimate cross-elasticities with much precision. Moreover, the cross-elasticity of demand does not, by itself, measure the degree of constraint from demand-side substitution. For instance, the percentage change in the demand for product X resulting from a 5% increase in the price of Y will depend on, among other things, the initial level of demand for product X.¹⁷

The ACCC, following the lead of many regulators in other countries, has adopted the hypothetical monopolist test (HMT) or the SSNIP test as a means to ‘bypass’ the difficulties of estimating degrees of substitution.¹⁸

As noted in the ACCC’s *Merger Guidelines*:

“The ACCC draws on the conceptual framework provided by the hypothetical monopolist test (HMT) to define the relevant markets, particularly in relation to demand-side substitution.” (paragraph 4.18)

“The HMT determines the smallest area in product and geographic space within which a hypothetical current and future profit-maximising monopolist could effectively exercise market power. In general, the exercise of market power by the hypothetical monopolist is characterised by the imposition of a small but significant and non-transitory increase in price (SSNIP) above the price level that would prevail without the merger, assuming the terms of sale of other products are held constant.” (paragraph 4.19)

The ACCC finds that the HMT enables it to develop some rigour and consistency in its approach to market definition.

The ACCC recognises however, that the HMT is not determinative of market boundaries. As noted by the Court, it is an aid or framework to consider degrees of substitution. It does not replace market evidence or common sense.

The Court and Tribunal have, in some matters, found the HMT to be helpful in defining the boundaries of relevant markets. For instance, in *Australian Competition and Consumer Commission v Liquorland (Australia) Pty Ltd*,¹⁹ Justice Allsop placed some weight on the HMT (as applied by the expert

¹⁷ Diversion ratios can be used to overcome come this problem.

¹⁸ The HMT or SSNIP test was first introduced in the ACCC’s *Merger Guidelines* in 1992. These guidelines were issued in association with a change in the legislation to prohibit mergers or acquisition that would have the effect or likely effect of substantially lessening competition. Prior to this, mergers were only prohibited if they created or enhanced a position of “dominance” in a market.

¹⁹ *Australian Competition and Consumer Commission v Liquorland (Australia) Pty Ltd* [2006] FCA 826; (2006) ATPR 42-123.

economists) in defining the geographic dimensions of retail takeaway liquor markets. Justice Allsop concluded:

“Taking into account all the matters to which I have had regard and approaching the matter from the point of view of the SSNIP test using CLA [Critical Loss Analysis] and without using CLA, I would conclude that a small but not insignificant non-transitory price increase of variably 5-10% over all the products in all the liquor stores in the respective pleaded geographical areas would not cause either 30-48% of customers to move outside the area or would not render the increase unprofitable. To express the matter this way is to express conclusions about the market definition question in terms of quantitative analysis. It must be recalled what the process of market definition is – it is the choice of the appropriate framework of analysis or focus in which to view the conduct in question from a competition perspective. Thus understood, for the reasons that I have given, I accept that the geographical areas pleaded and particularised are cohesive economically significant trade areas of close competition which can be viewed as areas in which a degree of market power could be exercised by a hypothetical monopolist.”²⁰

Similarly, the Tribunal found²¹ the HMT or SSNIP test helpful in defining the product dimensions of trans-Tasman air passenger services market. The Tribunal noted:

“We recognise that, in some circumstances, it may be appropriate to define distinct markets for different customer types. Where a systematic variation in available competitive alternatives as between different customer types (eg business and leisure travellers) results in a marked discontinuity in substitution possibilities, this may suggest that the suppliers supply one product into a number of distinct customer markets. Where the available competitive alternatives vary systematically as between customer types, the area over which a hypothetical monopolist may profitably impose a small but significant and non-transitory increase in price (referred to as the “SSNIP test”) will be determined by reference to customer type, provided that the hypothetical monopolist is able to engage in price discrimination between the various customer groups.”²²

The Tribunal further noted:

“Using the SSNIP test, if the Alliance were to raise the price of the package associated with business class passengers by 5%, could these passengers switch to economy class products? For short-haul flights across the Tasman, most of which are shorter than a Sydney-Perth flight, we believe that such substitution could occur to a significant extent.”²³

In other matters the Courts have found the HMT less helpful. On Appeal from the Federal Court re: *Australian Competition and Consumer and Metcash Trading Limited and Pick n Pay Retailers Pty Ltd.*, where the ACCC relied on HMT in framing its arguments on market definition, Yates J cited with approval Heydon JD’s commentary:

²⁰ Ibid [797].

²¹ *Re Qantas Airways Limited* [2004] ACompT 9.

²² Ibid [241].

²³ Ibid [295].

The dimensions of a market are real, not theoretical. To define those dimensions the best evidence will come from the people who work in the market: the marketing managers and salesmen, the market analysts and researchers, the advertising account executives, the buyers or purchasing officers, the product designers and evaluators. Their records will establish the dimensions of the market; they will show the figures being kept at competitors' and customers' behaviour and the particular products being followed. They will show the potential customers whom salesmen are visiting, the suppliers whom purchasing officers regularly contact, products against which advertising is directed, the price movements of other suppliers which give rise to intra-corporate memoranda, the process by which products are bought, what buyers must seek in terms of quantities, delivery schedules, price flexibility, why accounts are won and lost.²⁴

Yates J further noted:

In the present case, the hypothetical monopolist test was no more than an aid to arrive at the appropriate market definition. It was not an end in itself.²⁵

In this matter, the ACCC used the HMT to define the smallest market, which was a market for the wholesale supply of packaged groceries to independent retailers. This was consistent with the previous approach of the Court in QIW. Using this lense, it was a merger to monopoly. The Court, however, was heavily influenced by the commercial reality faced by Metcash (as a wholesaler of groceries to independent retailers) in competing with two large vertically-integrated supermarket chains (Coles and Woolworths) and adopted a broader market.²⁶

While the HMT is a useful thought experiment to assist in considering the relevant degrees of substitution, it is difficult to implement and prone to misapplication and misinterpretation.

One difficulty is selecting the appropriate price and a relevant SSNIP commensurate with the price. This can be the case when the product of interest is part of a production chain, such as a gas pipeline. If one uses the delivered price of gas as the relevant price, rather than the price of gas transportation, the size of the SSNIP should arguably be substantially smaller

Another difficulty concerns the benchmark price upon which to impose a SSNIP. The appropriate benchmark can vary depending on the circumstances. While the current price or the price absent the merger is often used as the default, it is not always appropriate. For example, in circumstances where firms in the market are effectively coordinating their pricing behaviour, the current price is artificially inflated. It may be that increasing the current price by 5% would not be profitable for a hypothetical monopolist. In this case one may conclude that the market should be expanded. However, expanding the boundaries of the market may result in a merger between the firms coordinating their pricing behaviour being allowed. Recognising such circumstances is not straightforward.

²⁴ *Australian Competition and Consumer Commission v Metcash Trading Limited* [2011] FCAFC 151 – 312 (30 November 2011).

²⁵ *Ibid* [313].

²⁶ The ACCC recognised the indirect competitive constraint imposed on Metcash by the vertically-integrated supermarket chains, but did not consider the constraint was sufficient (relative to the constraint imposed by other grocery wholesalers) to be included in the same market for the purpose of assessing the proposed acquisition.

More broadly, using the HMT in circumstances where the aim is to assess market power can be problematic. If a firm with market power is charging a monopoly price, a SSNIP above this price is by definition unprofitable. Applying the SSNIP to this price risks misdiagnosing the firm's market power.

While those experienced in antitrust matters are aware of these difficulties in applying the HMT, errors and misinterpretations do occur.

5. Other issues with focussing on demand-side and supply-side substitution

Focussing on demand-side and supply-side substitution can also result in market boundaries that may overlook important elements of competitive rivalry.

One situation where this may occur is in competition among bricks and mortar retailers. Consumers primarily compare the offers of retailers located in the same local area. As a result, demand-side substitution tends to be limited to retail outlets located in the same local area. Supply-side substitution between local areas is limited. In order to compete for consumers in a new locality, retailers usually need to establish a retail store in the area.²⁷ This suggests that the relevant markets are local retailing markets.

While this is the case, focussing on the competitive effects in local markets can overlook broader elements of rivalry among retailers. Large retail chains tend to compete brand against brand – through national or regional promotions and advertising and through national retail pricing. This competitive rivalry occurs on a broader level than local retail markets.

Consider defining the relevant market(s) in assessing a merger between two large retail chains which compete brand against brand – through national promotions and advertising and through national retail pricing. While the retail chains aim to attract customers in local areas where they have stores, the primary rivalry occurs on a national basis. A purposive approach to market definition involves recognising how the firms compete. In this regard, it involves taking into account the factors that constrain the national offers of the retailing chains. Or more specifically, what the retail chains take into account in determining their national promotions and pricing. In this regard, a national retailing market seems appropriate. The constraints operating on large retail chains in this market, are in a sense an 'aggregation' of the constraints operating on individual stores.

It is most likely to be the case that local markets will also be relevant to assessing the competitive effects of such a merger. While many elements of the retail offers of large chains are the same across all or most of their stores, there is nevertheless some store-by-store differentiation. Some retail chains set different prices across stores based on differences in costs. Opening hours or service levels may also differ across stores. Decisions to refurbish stores are necessarily made on a store-by-store basis.²⁸ In turn, this can affect the amenities of the store and the shopping experience of consumers. These elements of a retail offer can be varied on a store-by-store basis based on local competitive conditions. Understanding the constraints on these elements of a retailer's offer requires defining local markets.

One matter where the ACCC found competition occurred at a number of levels was in its assessment of the airline alliance between Air New Zealand and Pacific Blue. Prior to the alliance, these airlines competed in the supply of air travel between cities in Australia and cities in New Zealand (trans-Tasman routes). The alliance involved eliminating competition between the airlines on trans-Tasman routes. The ACCC found there was competitive rivalry between Air New Zealand and Pacific Blue on individual

²⁷ An exception to this is on-line retailers.

²⁸ While this is the case, the standard of the refurbishment is likely to be influenced by the shopping experience the retailer is attempting to promote on a broader basis.

routes and across the trans-Tasman more broadly. The alliance was approved by the ACCC on condition that Air New Zealand and Pacific Blue comply with minimum levels of capacity they will deploy on both individual trans-Tasman routes and across the trans-Tasman more broadly.²⁹

6. ACCC's approaches to considering whether conduct harms competition

The ACCC's approach to market definition and competition analysis continues to evolve. Wherever likely or actual lessening of competition is relevant to the ACCC's decision making, the investigative and analytical frameworks used by the ACCC often involve the application of quantitative economic tests.

Most often market definition and competition analysis are parts of the same investigative and analytical process. Typically, the ACCC commences with a general concept of the relevant market and refines that concept as the investigation proceeds. The purpose of market definition is to identify close competitive constraints that are likely to be relevant in assessing the competitive effects of the merger.

The ACCC is mindful of the evidentiary burden required by the Court and the approach the Courts adopt in adjudicating on Part IV matters. While this is the case, where appropriate to inform its consideration of the effect of conduct and whether to exercise its discretion to intervene, the ACCC adopts and applies economic tests to assist in market definition and the analysis of competitive effects that the Court may not always find of assistance.

There is a growing practice within the ACCC to, where appropriate, employ quantitative techniques to assess the likely effects of mergers on market outcomes. To a degree, some of these techniques 'bypass' market definition and go to the heart of the issue of concern – the likely effects of the acquisition on competition and outcomes (such as prices).

The ACCC is aware of the increasing use in some agencies of upward pricing pressure tests. While such tests are clearly helpful, in the ACCC's experience merging parties in Australia do not as a general practice collect or maintain data that enables it to estimate some of the parameters necessary to conduct these tests.

The ACCC sees considerable value in using quantitative techniques to predict how changes in market structure resulting from an acquisition are likely to affect market outcomes. One way in which this can be achieved is through observing natural experiments.

One matter where the ACCC found this approach helpful was in its assessment of the airline alliance between Air New Zealand and Pacific Blue discussed above. Quantitative techniques were used to estimate the effects of previous entry and exit of Pacific Blue on specific trans-Tasman routes on Air New Zealand's air fares. The analysis indicated entry or exit of Pacific Blue had substantial effects on Air New Zealand's air fares.³⁰

²⁹ <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/927433>.

³⁰ The alliance was approved by the ACCC subject to undertakings by Air New Zealand and Pacific Blue regarding minimum levels of capacity they will deploy in the trans-Tasman routes. See <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/927433>.

7. Conclusions

The concept of markets is a long-standing aspect of Australian antitrust legislation and common law and is central to investigating and analysing possible contraventions of Part IV of the Act.

Nonetheless, there remains scope for practitioners, regulators and the judiciary in Australia to misapply and misinterpret commonly used economic tests for defining market boundaries. There are many circumstances in which an overly prescriptive approach to assessing substitution possibilities generates markets that are not appropriate for assessing the conduct of interest.

Processes of market definition in Australia have evolved in ways that can overcome some (but by no means all) of the difficulties faced when using a more prescriptive approach to market definition. The purposive approach to market definition encourages the practitioner to understand how the firm of interest competes (the process of competition). From this point, one seeks to capture the substitution possibilities that constrain the firms conduct when engaging in these processes. This tends to result in less emphasis being placed on the precise definition of the boundaries of the market and more on analysing the question of interest, (such as the likely effect of the conduct in question on the competitive process).

While they do not displace Australia's purposive approach to market definition, recent developments in competition analysis can complement and inform the evolution of this approach. Where appropriate, the ACCC may also use newer tools as an additional means of analysing whether conduct may harm competition as part of a broad assessment of whether to take action against particular conduct.

CHILE

Introduction

This contribution addresses the methodologies used by Chilean competition authorities in order to assess the likeliness of anticompetitive effects of unilateral conducts and mergers. The first section describes the legal framework imposing the duty to assess such effects. The second will address the way in which the National Economic Prosecutor (Fiscalía Nacional Económica, hereinafter “FNE”) and the Competition Tribunal (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, hereinafter “TDLC”) assess relevant markets using a standard approach. The third section discusses the difficulties that certain market conditions present to the standard approach (differentiated products, two-sided markets, industries with important R&D) and the theoretical solutions presented in the economic literature. The fourth, summarizes some of the cases where these difficulties have been addressed by the TDLC, and explains the methodology used to deal with them. Finally, we present some conclusions.

1. The need to assess current or likely effects on competition of unilateral conducts and mergers under Chilean competition law framework

Chilean Competition Law does not require competition authorities to define a relevant market, nor specifies a way or methodology to delimitate it. However, this analysis is always done in practice in order to find whether a unilateral conduct or a merger might be considered to be an infringement to competition law, or to set the conditions that the parties of a merger will have to accomplish for it to be regarded in accordance to it.

In Chile, any deed, act or contract might be regarded as an infringement to competition law only if it prevents, restricts or hinders free competition, or tends to produce such effects.

In fact, Article 3° of the Chilean Competition Law gives the legal description of a competition law infringement. It provides that, *"Any person who enters into or executes, whether individually or collectively, any deed, act or contract that prevents, restricts or hinders free competition, or tends to produce such effects, will be subject to the measures prescribed by article 26 of this law, notwithstanding other corrective or restrictive measures that may be imposed in each case"* (Subsection 1).

Thus, only when current or likely effects on competition are established, a deed, act or contract might be prevented, corrected or punished by the TDLC in accordance to Chilean Competition Law. A definition of the relevant market is then needed to ascertain market power and determine such effects.

2. Market definition according to Chilean competition authorities (the standard approach)

Market definition identifies the relevant market in which firms could effectively exercise market power if they were able to coordinate in their actions. This concept has been widely used as a test for assessing the consequences of specific actions or market configurations, asking whether a hypothetical profit-maximizing monopolist could impose a small -but significant and non-transitory- increase in price (what is usually known as the SSNIP test), assuming that the prices of all other products are held constant. The relevant market will then correspond to the group of products and geographic area that are no bigger than necessary to satisfy this test.

2.1 FNE standard approach

Though there are some attempts to use quantifiable indicators for the definition of the relevant market, in general it is qualitative information that is mostly used for this exercise. This information stems from interviews with the involved parties and other stakeholders of the sector (competitors, consumers groups, regulatory agencies, etc.). The interviews try to define whether there are product or market characteristics that differentiate one product from another.

Qualitative data depend on the specific market but can be summed to product characteristics, uses, modes of commercialization, consumer preferences etc. Another factor taken into account is international case law.

When good quality, disaggregated, data is available, quantitative techniques are used in order to closely define the market. The most commonly used quantitative approach is to estimate the own and cross elasticities for products that are seemingly similar and in order to decide whether it is possible to reject the hypothesis that these products are substitutes.

The first step of the process consists in applying the price test for the relevant market definition which is known as the “Granger Causality test”. This test establishes if the variability in the current price of certain product/region is explained by current and/or past prices of another product/region. If the current and/or past value prices affect those in the product/region under examination, it should provide statistical evidence consistent with a wider relevant market from the product or geographical perspective. Given that this is so, the system of demand equations is estimated and consequently own and cross elasticities can be estimated. Own and cross elasticities can provide the first indication of how a product behaves given an increase in the price of another.

The final step of the process is the analysis of critical loss which estimates whether it is profitable for a hypothetical monopolist to increase the price of one product by 5%. The critical loss is estimated as the demanded quantity that the hypothetical monopolist would be willing to sacrifice such that their benefit would equal the benefits obtained before the increase in prices. The result is compared to the real loss in the market (using the elasticities calculated in earlier stages) due to the same 5% increase in the price of the product. If the critical loss is below the real loss it is assumed that there is competitive pressure in the market that would deter an increase in prices and then both product/region are in the same relevant market.

This process has been used recently in merger cases reviewed by the FNE in the markets of meat products, dairy products and canned fish.

2.2 TDLC standard approach

When defining the relevant market, the standard practice in the TDLC is to begin by studying the existence of close substitutes, and assessing quantitatively and/or qualitatively the existence of market power, using the SSNIP test. Once this market has been established, the TDLC analyzes market shares (in sales measured both by units and by value), and the geographical extension of competition. It is very uncommon to have available data to estimate demand or cross price elasticities, therefore the TDLC usually relies on qualitative analysis, and/or in data obtained from other sources, such as consumer polls or aggregate data from the national statistics agency.

3. Difficulties presented by certain market conditions and solutions proposed in the literature.

Despite the fact that the established approach in merger reviews has been to use the market definition, in practice, this concept has turned to be inaccurate in certain contexts. There are many markets in which the conclusions drawn from this approach may be inappropriate, and in consequence there is a possibility

that they lead to wrong antitrust decisions. These cases have been widely discussed in the antitrust literature: markets with differentiated products, two sided markets, and sectors with important R&D activity and vertical settings.

In the case of markets with **differentiated products**, there are two main problems that arise when using the standard market definition approach. The first one comes from the fact that defining the relevant market involves a dichotomy between products that are “inside” the market or “outside” the market. This definition turns to be very inappropriate in markets where there is a continuum of products with different degrees of substitution between them rather than a clear line delimitating the market. The second one refers to how appropriate the SSNIP is to assess the anticompetitive incentives that a firm faces in the case of a merger: while market concentration in the relevant market may be a reasonable approach for looking at the coordinated effects, it may not reflect the change in the incentives that rise due to unilateral effects. In differentiated products markets this last effect turns to be very important.

Farrell and Shapiro (2010)¹ proposed the Upward Pricing Pressure Index (UPPI)² as a solution to the lack of an appropriate simple and reliable index for the first step of the mergers review in the case of differentiated products. This index is based on a solid microeconomic background, putting special emphasis on the changes in the incentives that a firm faces when it acquires another one as the result of a merging process. There are two main forces considered in this approach that capture the essential aspects of the problem. On the one side, there is an incentive for rising prices due to the elimination of competition between the merging firms. On the other side, there is an incentive to lower prices because of the reductions on marginal costs derived from the cost synergies between the merged parties. Which of these forces turns to be stronger will determine whether the merger generates upward pricing pressure or not.

While this methodology appears to be an excellent solution in theory, in practice its use is limited due to important data requirements for computing the index -diversion ratios, margins and estimated cost efficiencies-, usually not available for antitrust agencies.

Problems may also arise with the market definition approach in **two-sided markets**. This is the case in which firms work as a platform of interaction between two different groups of customers. That is why there are two sides in these markets, so there is more than one price that a hypothetical monopolist might increase. Under the market definition approach, the two-sided market firm would have market power if it can raise prices above the competitive level in a significant and permanent way. But in these cases the complexity of pricing strategies in some two-sided markets makes it difficult to predict which will be the anticompetitive effects that may arise from a merger. A merger can increase market power at both, one or no sides of the market at all and, as a consequence, there is a large number of different pricing strategies. This makes the SSNIP an unclear and inaccurate tool for estimating market power.

In this case an alternative approach is to predict how a merger will impact transaction volume. The idea behind this approach is a result seen in many economic models of two sided markets: when the two-sided firm rises the price level (understood as the sum of the prices at each side of the market), the volume of interactions will decrease, independently of the composition of the rise of the price level (for example, the price level increase may be due to an increase in both prices or by an increase in one side that offsets the decrease in the other side). This makes the impact on transaction volume a good alternative to look at instead of the price-based SSNIP in the context of the complex pricing strategies in two-sided markets.

¹ Joseph Farrell and Carl Shapiro (2010) “*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*”, The B.E. Journal of Theoretical Economics: Vol. 10: Iss. 1 (Policies perspectives), Article 9.

² In addition to the Advanced UPPI and the GUPPI.

Another context in which the market definition approach may not be appropriate is in the case of markets with strong **competition on innovation** -that is, markets with important R&D activity-. In this case a merger can affect not only the price variable but also other dimensions of competition, like the innovation incentives. This makes the price-focused SSNIP an insufficient test, as it does not take into account factors different from price.

Farrell and Shapiro proposed a solution for incorporating additional dimensions of competition when studying a merger in these particular markets. The idea is to take an approach similar to the one taken in the UPPI, but focused on the innovation incentives rather than the upward pricing pressure. For doing so they use an “innovation diversion ratio”, that measures the “extra gross profits earned by firm A when it devotes more resources to innovation that come at the expense of firm B”³. If this number turns to be big when compared with some standard level of R&D efficiencies, the merger will “tend to retard innovation of firm A’s products”⁴. Still, this solution may not be as useful in practice: establishing a standard level of R&D might be arbitrary and the estimation of innovation diversion ratios may be very imprecise.

4. Summary of the cases where the TDLC/FNE have addressed the above mentioned difficulties and methodology used to deal with them.

In certain cases, the TDLC and the FNE have not been able to apply the traditional relevant market approach, mainly because of uncertainty regarding the extent of the market itself. To tackle this problem, different solutions have been applied.

4.1 *Difficulties establishing the limit of the relevant market*

There are some cases where there is no real need to define the market, mainly because no matter how narrowly or broadly defined, the result remains unchanged. One example is Decision #60/2007 of the TDLC, a case of unilateral conduct involving two pharmaceutical companies, regarding a specific product. Since the TDLC did not have enough information to distinguish if this product was a pain reliever or a cough medicine, three possible scenarios were analyzed: a relevant market comprised only of pain relievers, a relevant market comprised only of cough medicines, and a relevant market that included both pain relievers and cough medicines. In this case, the TDLC found that the defendant did not have market power in any one of these relevant markets, nor could gain market power through the accused conducts. The TDLC’s conclusion was independent of the extent of the relevant market, making its definition not necessary to decide the case at last. The TDLC used the same criteria in Decision # 59/2007, which also solved a case regarding specific pharmaceutical products.

4.2 *Differentiated products*

When the products within the relevant market are differentiated, the HHI will not necessarily be a reliable predictor of the unilateral risks arising from the merger. In those cases the FNE/TDLC needs to assess the level of substitution between the products sold by the merging parties.

In order to evaluate the level of substitution between the products sold by the merging parties, and thus assess the extent of direct competition between them, the FNE in its assessment has commissioned

³ Joseph Farrell and Carl Shapiro (2010) “*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*”, The B.E. Journal of Theoretical Economics: Vol. 10: Iss. 1 (Policies perspectives), Article 9.

⁴ Joseph Farrell and Carl Shapiro (2010) “*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*”, The B.E. Journal of Theoretical Economics: Vol. 10: Iss. 1 (Policies perspectives), Article 9.

surveys in order to measure consumer preferences. Also, the FNE has used econometric models to estimate the possible price increases arising from a merger, using “natural experiments”, such as the exit of a firm from the market due to the earthquake of 2010, comparisons of prices charged in geographic markets where the firms compete against the prices charged in those geographic markets where they do not compete, and assessment of how prices change in markets with a similar HHI or a similar number of significant competitors.

Moreover, in its Decision # 80/2009, the TDLC analyzed a case regarding highly differentiated products -distribution of training sneakers-. In this case, the TDLC decided to separate two markets: the market of casual footwear –with plenty of substitutes-, and the market for sports footwear, where technology and specificity of the product take an essential place. The first market had plenty of substitutes, and the TDLC concluded that there was no evidence of market power. However, given the specificity of the products in the sports footwear market –especially in “high technology” premium sports footwear–, the TDLC concluded that the defendant had market power that could be abused, despite low market shares in this specific sub-market.

4.3 *Two-sided markets*

In Decision #29/2005, the TDLC studied a case regarding Transbank, the bank-owned technological platform used in Chile for credit and debit card transaction processing. The TDLC identified this as a two-sided market, taking this characteristic into account when analyzing its pricing structure. Given the lack of numerical data regarding competition between credit cards and other payment methods (such as checks, cash or department store cards), the TDLC first presented an extensive qualitative analysis of the substitutability of these payment methods, in order to define a relevant market of credit and debit card transactions, where it was established that Transbank had market power. Then, it analyzed the available pricing and payments information, always taking into account the fact that this was a two-sided market. This decision concluded that there was no proof of abuse of a dominant position by the defendant, considering, among other things, the fact that two-sided markets do not have a unique clear-cut competitive pricing system. Therefore, the two-sided market condition made it difficult to find an abuse in such market.

In Decision # 89/2009 the TDLC studied a case where a newspaper accused the Chilean Government of systematically preferring other newspapers when hiring advertising space for its announcements. The Tribunal defined the relevant market as the market of written press, taking into account the fact that it is a two-sided market, in which positive demand externalities are present between the two sides of the market. Taking into account the fact that the newspapers with higher circulation are those that allow the Government to reach the highest number of people at the lowest cost, the Government’s decision of hiring advertising space in those newspapers was deemed as an economically sound decision by the TDLC, therefore dismissing the lawsuit.

4.4 *Prospective assessment of the market*

Both the TDLC and the FNE take into consideration expected changes in the market when assessing a merger or an abuse of dominance. The following decisions from the TDLC exemplify the aforementioned.

1. Resolution #1/2004 studied the proposed merger between Metrópolis Intercom and VTR, two cable television, internet and fixed telephony providers. In this case, even though the two merging parties possessed a joint market share of over 90% in the cable television market, the TDLC analyzed the market structure in a prospective basis. Even though important price differences made paid satellite television an imperfect substitute for cable television, the TDLC considered that those price differences would decrease in time. Moreover, since there were no barriers to entry to the provision of paid satellite TV, and

considering other future potential substitutes, such as digital TV, for example, the TDLC approved the merger, imposing only short-term conduct remedies.

2. Lastly, Resolution # 24 of the TDLC reviewed the proposed merger between D&S (a supermarket chain who also had a closed credit card and “power centres”⁵) and Falabella (a conglomerate who owned department stores, supermarkets, home improvement stores, shopping malls, power centres, and a closed credit card). In this particular case, the TDLC considered appropriate to define a relevant market for “*integrated retail*”: companies who control supermarkets, department stores, home improvement stores, closed credit cards, development of complementary real-estate projects, as well as several related services (such as insurance, travel agencies, moving services, among others), with highly personalized loyalty programs. When analysing the proposed merger under the “integrated retail” approach, the TDLC found several coordination risks, given that the merger would have generated a duopoly with high barriers to entry –to the integrated retail business model–, therefore deciding to block the merger.

5. Conclusions

In Chile, competition law does not require competition authorities to define a relevant market when justifying its decisions. However, they define it in order to identify whether the analyzed unilateral conducts – or mergers – restrict, hinder or prevent free competition or not. Normally, competition authorities conduct an analysis based on the idea of the SSNIP test. However, due to data availability restrictions, usually the analysis has an important qualitative component. Because of this restriction, the new methodologies described in this document are not easily applicable in Chilean antitrust analysis.

⁵ A group of convenience stores built around a supermarket, home improvement store or minor department store.

FINLAND

1. Introduction

For the last few years, the role of market definition in competition analysis has been a topical and increasingly interesting issue in academic literature. New methods that are said to have potential to change the traditional role of market definition have been introduced regarding mergers. Yet, challenges still seem to remain. This discussion has also been acknowledged by the FCA, although we still lack our own experience in applying these new methods in practice.

The FCA's contribution primarily discusses the Roundtable's issue in light of mergers. The paper is divided into six Chapters, including this Introductory Chapter. Chapters 2 and 3 first shed light on the general role of market definition in the Finnish competition policy system and the FCA's experiences in applying market definition in case analysis. Chapter 4 then discusses the conceivable pros and cons of modifying the current national merger assessment system. This discussion largely revolves around complementing the current analysis with the new methods of analysis. Chapter 5 in turn tackles the question of conceivable prerequisites for the complete abandonment of relevant market in merger assessment. Finally, Chapter 6 shortly discusses the abandonment of market definition in other than merger cases.

2. On the role of market definition in Finnish competition policy

In Finland, competition analysis has generally been inspired by a traditional structural approach. For one thing, this means that market definition has had an established role in the merger analysis. The approach applied by the FCA is largely comparable e.g. to the ones applied by the European Commission and several EU Member States.

The FCA approaches market definition as one element of analysis rather than "a first step". The focus is on market power and competitive harm. In practice, this means that competition analysis is often performed largely on the basis of a preliminary definition of the market that can be considered relevant to the case at stake. In practice, the exact "relevant market" is typically defined only after a plausible competition problem has been identified, as a part of the decision as to whether the case actually raises competitive concerns. In practice, the exact definition is also often left open.¹ Market definition is thus merely "one piece of the puzzle", which may become rigorously determined at a fairly late stage of the analysis. This is when one typically also has the best understanding of the market and its functioning.

The FCA has no experience in analyzing mergers in a manner that would have completely abandoned market definition from the analysis; i.e. without considering, to some extent at least, the boundaries of relevant markets.² Nor has it experience in applying the latest assessment tools (the UPP and IPR tests, in particular) as a part of the otherwise traditional merger analysis, at least not in a manner that would have de facto affected to the final decision. The former is partly due to the fact that the new Competition Act has

¹ This is e.g. when the case does not raise serious concerns even in the narrowest considerable markets.

² This is so even for the cases in which one is traditionally used to leaving the precise market definition open since the case has not raised competitive concerns. Even in these cases, market definition has not been completely excluded from the analysis.

only recently come into force (November 2011). Currently, the merger analysis is based on the SIEC test. Prior to this, the analysis was tied to the dominance test, which practically necessitated the delineation of relevant market as a part of the analysis. Although it is difficult to say anything definite on the future development, it is unlikely that any considerable changes will take place at the national level at least in the foreseeable future.³

3. FCA's experiences regarding the use of market definition in the merger analysis

Market definition has traditionally formed a firm part of the practical merger analysis. This is probably due to several reasons, including the established tradition in applying the relevant market "tool", the legal prerequisites and reasonable national experiences in the analysis.⁴

Market definition may turn out to be a challenging task in *casu*. The FCA's view is that it continues to be a useful component of the analysis. This can be elucidated by an example of a recent merger analysis in the health care sector:

In 2011, the FCA investigated a merger between two Finnish health care service providers, Terveystalo Healthcare Oy (Finland's largest private healthcare company) and ODL Terveys Oy, the biggest private healthcare company in Northern Finland.⁵ The merger was approved subject to conditions.

The concentration concerned, among others, the healthcare services provided to private persons. In Finland, healthcare services are provided by both public service providers and private undertakings. After the transaction, all private hospitals in Northern Finland and the majority of private general and specialist medical services in certain sparsely populated areas of Northern Finland (Kemi-Tornio and Kajaani) would have been owned by Terveystalo. A key issue in this case was the role of public healthcare services as a competitive constraint to the merged entity in a private people's health care market and potential entry into the markets.

In Finland, the public services are funded through tax revenues, although patients also pay a so called patient fee every time they receive medical care. Private services are largely paid by the patients themselves or, if insured, the insurance companies. An interesting issue that came up in the case concerned the question as to whether public healthcare services and the healthcare services provided by private healthcare companies to the private people should be considered to belong in the same relevant markets.

The FCA investigated the similarities and differences in public and private healthcare services. The healthcare services are clearly differentiated. There are considerable differences in the pricing⁶ of and

³ The matter will be discussed in Chapters 4 and 5 below.

⁴ For the discussion of legal prerequisites, see Chapter 5.

⁵ Terveystalo Healthcare Oy / ODL Terveys Oy, 11.5.2011 (Dnro 1116/14.00.10/2010).

⁶ In the public sector, the patient fee is roughly 14 euros and it covers the doctor's appointment and all the necessary procedures related to it, for example laboratory tests. In the private sector, a patient pays roughly around 40–50 euros for the doctor's appointment plus all possible expenses caused by laboratory tests et cetera. All in all, in the private sector a patient may end up paying between 40 to several hundred euros for medical attention compared to 14 euros in the public sector. The difference in prices between the public and private sectors already being so high, it was quite clear that a 5–10% increase in price would be highly unlikely to make a significant enough number of people, regularly using private medical services, seek public medical services instead, or vice versa.

accessibility⁷ to the services and, to a lesser extent, the content of services between private and public undertakings. The FCA approached the market definition within the framework of the (traditional) SSNIP-test.

In this case, the FCA concluded that public services did not constitute a competitive constraint to the merged entity. Nor did the FCA conclude with the merging parties that there was adequate potential entry to counterweight the competitive harm otherwise brought by the merger. Yet, it was still necessary to carefully consider the two issues in the analysis.

The Terveystalo/ODL merger is an example of a case in which market delineation was a challenging issue for many reasons, not least due to the need to consider the role of public services with regard to private sector competition. In this respect, the FCA would certainly welcome new analysis tools with which to combat such difficult situations. At the same time, however, it also shows why market definition definitely may be considered useful and even necessary for the analysis.

For one thing, market definition helps to build a proper picture of the case. As the above example shows, there are situations in which it is difficult to understand the case and the relating potential competition problem well enough without having adequate understanding of the market environment in which firms operate. Clarifying the market helps you to understand competition in it and thus also any potential problem(s) relating to it.

For another, there also seems to exist reasons that make market definition de facto essential for an adequate analysis. In light of the FCA's experience, it would be difficult to be able to properly assess important elements of the analysis, such as market entry and product repositioning, without an adequate appreciation of the competitors and the market for the entry to take place; i.e. what might be the market relevant for the case at stake.⁸ For instance, market entry is typically an important issue faced by the FCA.

4. Conceivable pros and cons of modifying current national merger assessment system

The new assessment tools, such as the UPP test, have been discussed regarding both screening potentially harmful mergers and assessing the competitive effects of mergers. Several benefits compared to the traditional market definition bound analysis have been identified as to (unilateral) anticompetitive effects of mergers with differentiated products, in particular. These include potential for more accurate and correct decision-making, better "hit rate" in screening potentially anticompetitive mergers and a simpler procedure than applying a market definition related approach. It is also easy to agree, as so often argued, that market definition may be particularly challenging regarding differentiated products mergers. On the

⁷ Apart from the pricing of the services, there is also a considerable difference in the accessibility to services between public and private sectors. All patients in need of urgent medical attention are treated urgently in both the public and private sectors. The difference in the accessibility to the service between the sectors becomes obvious when considering patients who do not need urgent medical attention. In the public sector, a patient may have to wait up to three months before receiving *general* medical attention whereas in the private sector a patient may receive it practically whenever the patient wants. In the public sector, a patient may have to wait up to six months before receiving *specialist* medical attention, and the patient needs a referral from a general practitioner in order to go to a specialist. In the private sector, a patient can make an appointment directly to a specialist practically whenever the patient wants. The FCA concluded that the willingness to pay was related to the willingness to receive medical attention swiftly. It further confirmed the findings that people already paying prices which were several times higher in the private sector compared to the public sector, would not seek public medical attention even if there was a 5–10% increase in price.

⁸ Also the general understanding regarding even the newest analysis tools, such as the UPP test, seems to be that not even they enable assessing mergers without paying sufficient attention to such standard issues as market entry and product repositioning.

other hand, many of these benefits have still been found somewhat controversial and subject to further discussion.⁹

It is difficult to say for sure without prior own experience which of these or any other benefits would de facto actualize in practice. Even if they did, the identified benefits of the new tools still seem not to change the fact that some kind of consideration of the "relevant" market is needed at some point of an adequate analysis. It thereby also seems difficult indeed to consider completely removing market definition from the analysis. According to the FCA's experience, market definition clearly has other helpful functions for the analysis than the mere enabling of the calculation of market shares and e.g. HHI's, as so often identified e.g. in the traditional competition law literature.¹⁰ This is not necessarily to say that rigorous, full-performed market delineation would always be needed merely in order for understanding the case, and being able to consider e.g. entry. Often already a somewhat rough, preliminary understanding of the market may be enough. Moreover, despite its occasionally challenging nature, the FCA has not encountered any such cases so far that it would have not been able to assess using market definition.

Instead, a constructive approach might be to complement the traditional approach to analyse the anticompetitive effects of mergers with some new analysis tools (such as the UPP test). Introducing them to the traditional system - where appropriate - should not constitute a problem since it would basically mean nothing more than introducing some new tools to the otherwise traditional analysis. Market definition would still hold its place as one element of the analysis, and thereby, would de facto not change the status quo.

Since we lack our own experience on complementing the case analysis, it is also very difficult to determine consequences. Supposedly though complementing the traditional approach would not mean a radical reform and would not thus give rise to considerable problems e.g. regarding legal certainty. From the legal prerequisites' perspective, there seems not exist considerable risks of applying such a system, should it otherwise be a reasonable way to operate. The same applies to institutional prerequisites, particularly as the new tools can be considered to become applicable mostly in individual cases.

5. Prerequisites for abandoning relevant market in merger assessment

From the legal or institutional point of view, there should thus not be conceivable major problems as to introducing new assessment tools (e.g. UPP test) to complement the current national analysis system. The complete abandonment of market definition from the merger analysis might, however, well create problems both legally and institutionally. Although the new Finnish Competition Act does not explicitly mention market definition, there is an established tradition in delineating relevant markets as a part of the merger analysis, and this has also been confirmed in the national courts' case law.¹¹ In practice, if the FCA tried to prohibit a merger without delineating relevant markets, it would most probably face appeal procedure all the way to the national Supreme Administrative Court (SAC). It is difficult to anticipate its final decision. One may also argue that potential e.g. for legal uncertainty could arise, as the firms would find it more difficult to anticipate the result of the analysis.

It might be a somewhat different case if the abandonment of market definition concerned the mere screening of potentially harmful mergers (rather than leaving markets completely undefined in a conditionally approved or prohibited decision). This might turn out less of a problem as it would not de

⁹ E.g. the UPP test's accuracy as a screening device has been questioned.

¹⁰ See Chapter 3.

¹¹ See e.g. Fortum Power and Heat Oy / E.ON Finland Oyj merger (Dnro 52/81/2006, 2.6.2006), in which the Supreme Administrative Court paid considerable attention to the delineation of the relevant market.

facto change the final status quo regarding the final decision-making. However, it might create uncertainty as to which mergers actually will face a longer, more in-depth analysis procedure.

Also institutional prerequisites might create challenges regarding the complete abandonment of market definition from the merger analysis. The FCA is a rather small agency with less than 50 officials involved in case analysis, and only a few Ph.D.'s who specialize in IO. It has no separate economist unit. Replacing the traditional structural approach completely with more direct means of measuring market power would probably change the nature of the analysis to be even more profoundly economics-based. Whilst the "more economics-based approach" is in general something worth supporting, this would probably also require many more IO economists to the agency. Considering the small size of the national market, and that the FCA yearly deals with only few major merger cases which may even potentially cause harm to effective competition, there might well turn out problems regarding the adequacy and allocation of resource at the agency.¹²

6. Abandonment of market definition in other than merger cases

So far, the general discussion as to the UPP test and other such methods seem to have considered mergers. This has also been the main angle of approach in this paper. Nevertheless, market definition also forms an inextricable part of the practical case analysis in antitrust cases.¹³

In point of fact, the FCA has serious doubts as to whether it would be possible to abandon market definition in antitrust cases. It is difficult to consider that the delineation of the relevant market would be possible to completely exclude e.g. in cases concerning abuses of dominant positions. Such cases require proof both of established dominance and its abuse. It is hard to see how dominance, by definition, could be proved without some degree of examination of the markets where the dominance (and its abuse) effectively takes place. As with mergers, there is also an established tradition in delineating relevant markets as a part of the national antitrust case analysis. In short, the complete exclusion of market definition in other than merger cases does not at the moment seem a feasible option to us. The FCA is not aware of any general discussion regarding new assessment tools capable of completely excluding market definition from antitrust cases.

¹² In 2010, for instance, the FCA had only 2 cases which required further investigations out of 23 notified mergers. The assessed mergers are very often cleared without conditions.

¹³ In practice, this is also true regarding other than abuse of dominance cases. One may argue even regarding so-called naked cartels that there is not necessarily a need to delineate relevant markets in order for finding incompatibility with competition law (cf. "infringement by object"). A different matter is that one typically still needs to investigate the markets at stake - at some extent at least - for other purposes, such as determining the sanctions and consequences of the arrangement.

FRANCE
(Version Française)

La délimitation des marchés pertinents (de produit et géographique) est un élément important dans la mise en œuvre du droit de la concurrence mais ce n'est pas une fin en soi. L'objectif poursuivi in fine par les autorités de concurrence à travers cette notion est d'apprécier le pouvoir de marché d'une entreprise.

La question du rôle et des limites de l'exercice de délimitation du marché pertinent par les autorités de concurrence a été identifiée depuis longtemps. Ainsi, dès la fin des années 1980, l'économiste Franklin Fisher défendait l'idée que certaines erreurs d'appréciation des autorités de concurrence sont dues à une définition erronée du marché.¹ Selon lui, une appréciation directe du pouvoir de marché des entreprises était possible sans qu'il soit besoin de délimiter précisément les contours d'un marché concerné.

Le Conseil de la concurrence, dans son étude thématique du rapport annuel 2001 consacrée au marché pertinent notait déjà que « [I]es évolutions économiques récentes militent également en faveur d'une relativisation du rôle joué par la notion de marché pertinent. Les nouvelles technologies estompent les frontières auparavant tracées entre certains marchés. (...) Par ailleurs, les évolutions constatées sont de plus en plus rapides et nécessitent un suivi du contour des marchés au même rythme. »

Dans cette même étude, le Conseil mentionnait également que « l'évaluation de la part de marché ne constitue pour le Conseil qu'une première approche du pouvoir de marché. Cette évaluation est complétée par d'autres éléments d'analyse, en particulier la structure du marché, le nombre et les parts de marché de ses concurrents, l'existence ou non de barrières à l'entrée sur le marché défini. Néanmoins, cette première étape garantit une approche rigoureuse des problèmes de concurrence. »

Depuis lors, l'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil de la concurrence en 2009, a approfondi son expérience en la matière, qui confirme les limites de la notion de marché pertinent (1) et la nécessité de faire appel à des outils complémentaires pour assurer la justesse de l'analyse concurrentielle (2).

1. Les limites du concept de marché pertinent

1.1 La délimitation du marché n'est pas une fin en soi

Comme mentionné en introduction, la délimitation des marchés pertinents (de produit et géographique) est un élément important de l'analyse que ce soit dans le cadre du contrôle des concentrations, de la caractérisation des abus de position dominante ou pour l'évaluation du dommage causé à l'économie par des pratiques anticoncurrentielles (élément important dans le calcul de la sanction éventuelle). Mais ce n'est pas une fin en soi ; il s'agit uniquement d'une première étape dans l'appréciation des effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration ou d'une pratique mise en œuvre sur un marché.

¹ Fisher, Franklin (1987), « Horizontal Mergers: Triage and Treatment », *Journal of Economic Perspectives*, 1(2), pp. 23-40.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la notification n'est fondée que sur le chiffre d'affaires, et non plus sur les parts de marché des parties.

Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations (du 16 décembre 2009) précisent le rôle de la définition de marché dans le processus de contrôle des concentrations. Elles prévoient que « [l]a définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps leur pouvoir de marché » (§301). Ces mêmes lignes directrices précisent par ailleurs « [qu']après avoir délimité les marchés pertinents, l'Autorité conduit une analyse préliminaire sur les parts de marché et le degré de concentration du marché » (§340). Elles utilisent également les critères relatifs aux parts de marché et au degré de concentration en tant que filtre préliminaire pour écarter *a priori* la nécessité d'une analyse détaillée des effets concurrentiels. Il est ainsi mentionné « [qu']en pratique, l'Autorité utilise les mêmes seuils que la Commission européenne pour déterminer si une opération justifie une analyse approfondie. Lorsque la part de marché de l'entité résultant de l'opération est inférieure à 25 % dans une concentration horizontale et à 30 % dans une concentration verticale ou conglomérale, l'Autorité considère qu'une atteinte à la concurrence est peu probable, sauf cas particulier » (§341-342).

La juridiction de contrôle compétente en matière de concentrations en France, le Conseil d'Etat, est attentive à la définition du marché pertinent et exerce un contrôle entier sur ce terrain. Dans son arrêt concernant un recours du groupe Métropole Télévision contre la décision d'autorisation², sous réserve d'engagements, de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire TF1/AB³, il a examiné avec une particulière attention la délimitation des marchés (dans le domaine du secteur des droits audiovisuels et celui de la publicité télévisuelle) opérée par l'Autorité de la concurrence.

De même, dans son arrêt⁴ relatif à un recours de la société Mr Bricolage concernant la concentration Mr Bricolage/Passerelle⁵, le Conseil d'État a analysé l'appréciation portée par l'Autorité concernant le pouvoir de marché de la nouvelle entité sur les quatre-vingt zones de chalandise identifiées.

Dans ses arrêts *Bouygues Télécom*⁶ (sur la question des éventuelles segmentations à opérer au sein du marché des produits et services de téléphonie mobile), *Fiducial*⁷ (concernant le marché de l'audit) ou encore *Delonghi*⁸ (concernant le marché des matériels de soins de la personne), la juridiction administrative suprême avait de même marqué l'importance des délimitations des marchés pertinents et de

² Arrêt du Conseil d'État du 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision*, n° 338197.

³ Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

⁴ Arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2010, *Mr Bricolage*, n° 337533 (et *Bric'Oléron*, 338594).

⁵ Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle.

⁶ Arrêt du Conseil d'État du 26 mai 2010, *Bouygues Telecom*, n° 313764 (contre la décision d'autorisation du ministre de l'économie C2007-144 du 4 janvier 2008, *FranceTelecom/Compagnie européenne de téléphonie*).

⁷ Arrêt du Conseil d'État du 31 juillet 2009, *Fiducial Audit et Fiducial Expertise*, n° 305903 (contre la décision d'autorisation du ministre C2006-91 du 15 décembre 2006, *Deloitte/BDO Marque et Gendrot*).

⁸ Arrêt du Conseil d'État 13 février 2006, *Delonghi*, n° 278796 (contre la décision d'autorisation du ministre de l'économie C2004-40 du 6 février 2004, *Seb / Moulinex*).

l'analyse de la place qu'occuperait l'entité issue de la concentration, au regard de sa part de marché notamment.

Dans l'ensemble des arrêts précités, le Conseil d'État avait par ailleurs confirmé la délimitation des marchés pertinents et l'analyse de l'Autorité de la concurrence ou du ministre de l'économie.

Toutefois, la délimitation des marchés et le calcul subséquent des parts de marché n'est pas une fin en soi. Il ne s'agit que d'une première étape de l'analyse qui permet de mieux cerner les problèmes concurrentiels éventuels. L'étude du dossier sera ainsi systématiquement complétée par une analyse plus approfondie des effets concurrentiels de l'opération. Les lignes directrices mentionnent ainsi que « [c]ette première estimation très utile de la structure du marché et de l'importance des parties à la concentration et de leurs concurrents ne limite toutefois pas l'analyse concurrentielle, ne serait-ce que parce qu'elle ne permet pas d'appréhender l'existence d'une pression concurrentielle provenant de l'absence de barrières à l'entrée et de l'existence de concurrents potentiels qui ne sont pas effectivement présents sur les marchés concernés » (§340).

Dans le cas des abus de position de dominante, le rôle de la délimitation des marchés est tout aussi important. En effet, comme ceci a pu être confirmé par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Glaxo*⁹, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché : « *Considérant que c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes, que le Conseil a décidé que l'importance des parts de marché de GLAXO et la faiblesse de la concurrence réelle ou potentielle suffisent à caractériser la position dominante de GLAXO sur le marché de l'aciclovir, au moins jusqu'en 2002.* »

L'Autorité de la concurrence a toutefois régulièrement rappelé¹⁰ que « [l']analyse de la position dominante ne saurait se limiter à un examen des parts de marché. D'autres facteurs doivent être pris en compte. La position dominante d'une entreprise sur un marché donné est constatée lorsque cette dernière est en mesure de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et des consommateurs, sans tenir compte des contraintes concurrentielles que ces agents économiques tenteraient d'exercer et sans que cette attitude lui porte préjudice. »

Ceci suggère notamment que l'on puisse aisément imaginer des situations dans lesquelles une entreprise dont la part de marché sur le marché pertinent ainsi délimité est importante puisse ne pas être en position dominante, par exemple parce que les barrières à l'entrée sont extrêmement faibles ou que sa part de marché ne reflète pas sa position réelle sur le marché (par exemple du fait de l'existence de forts contre-pouvoirs).

En revanche, il est plus difficilement envisageable d'imaginer une situation dans laquelle une faible part de marché pourrait tout de même conduire à caractériser l'existence d'une position dominante. Dans la décision¹¹ *Royal Canin* de juin 2005, le Conseil de la concurrence avait certes conclu à la position dominante de Royal Canin quand bien même sa part de marché n'était que légèrement supérieure à 40 % : « *Il existe d'autres critères pour établir le pouvoir de marché d'une entreprise, hors calcul de la part relative de l'opérateur dominant par rapport à celle de ses concurrents. Dans une affaire relative au*

⁹ Arrêt *Glaxo*, Cour d'appel de Paris, 8 avril 2008.

¹⁰ Voir notamment la décision n° 10-D-02 du 14 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire. Voir aussi Cour de Justice des Communautés Européenne (CJCE), *Hoffmann La Roche*, Affaire C-62/86 AKZO/Commission [1991] RECUEIL I-3359, point 60.

¹¹ Décision n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution.

marché des aliments secs pour chien, le Conseil a apprécié la position dominante de Royal Canin à partir d'une série d'éléments : part de marché sur l'ensemble de la distribution spécialisée, possession des deux des trois premières marques dans le canal des magasins spécialisés, antériorité sur les produits nutritionnels, présence incomparable sur les lieux de vente, et contacts permanents avec 50% des prescripteurs » (décision 05-D-32, §169-174).

Toutefois, ceci serait beaucoup plus complexe si une délimitation imprécise et trop large du marché conduisait à des parts de marché sensiblement plus faibles. Aussi, dans les cas d'abus de position dominante, la délimitation du marché reste une étape essentielle de l'analyse du dossier.

1.2 Les difficultés méthodologiques

Si la délimitation des marchés pertinents est aujourd'hui un exercice essentiel dans l'application du droit de la concurrence (surtout en ce qui concerne le contrôle des concentrations et les abus de position dominante), il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un exercice complexe qui n'est pas exempt de défauts.

Une première difficulté se pose dans l'application des tests quantitatifs supposés aider à délimiter les marchés pertinents comme le test du monopoleur hypothétique. En effet, la mise en œuvre de ce test nécessite de disposer d'une grande quantité de données (notamment sur les élasticités-prix et les élasticités-prix croisées, et les marges (marginales et non moyennes) pour l'ensemble des produits que l'on souhaite prendre en compte). En conséquence, leur utilisation est donc plutôt rare en pratique.

Par ailleurs, la délimitation du marché pertinent, qu'elle se fasse au moyen de critères qualitatifs et/ou quantitatifs, souffre de certaines limitations méthodologiques. Cette délimitation suppose de trancher la question de savoir si un produit est dans le marché pertinent ou non, ce qui peut poser des difficultés – et générer une certaine incertitude quant au résultat – lorsque les produits offerts sont des substituts imparfaits, que la différenciation concerne les caractéristiques des produits ou leur disponibilité géographique.

Envisageons par exemple le cas de la substituabilité géographique des produits comme cela a pu être traité récemment par l'Autorité de la concurrence dans de multiples opérations de concentration, dont notamment l'acquisition par *Eurovia* des actifs (carrières de granulats et usine de production d'enrobés bitumineux) du groupe *Tarmac*.¹² Concernant les carrières de granulats, l'Autorité a retenu – conformément à la pratique décisionnelle antérieure – des zones de chalandise de 40 kilomètres autour de chacune des carrières. Cette méthode, bien que commune dans la délimitation des marchés pertinents géographiques dans un grand nombre de secteurs pose potentiellement problème pour au moins deux raisons. Tout d'abord, pour le calcul des parts de marché, l'ensemble des ventes de toutes les carrières situées à moins de 40 kilomètres d'une carrière de référence seront prises en compte. Ainsi, le même poids est accordé à une carrière située à 1 kilomètre et à une autre située à 39 kilomètres de la carrière de référence. Ensuite, alors que la carrière située à 39 kilomètres est incluse dans le marché pertinent (et que l'ensemble de ses ventes sont prises en compte), une autre située à 41 kilomètres ne serait pas incluse dans l'analyse.

La différenciation des produits n'est pas la seule situation dans laquelle la délimitation des marchés pertinents peut poser des difficultés. Ainsi, comme cela a pu être mentionné entre autres par les économistes, la délimitation des marchés pertinents peut être un exercice périlleux dans le cas des marchés bifaces (car il faut prendre en compte les externalités indirectes entre les différentes faces du marché) ou

¹² Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

dans les secteurs dans lesquels l'innovation joue un rôle important (la délimitation du marché est par nature un exercice statique alors que les évolutions rapides des marchés sont courantes dans ces secteurs).

2. Les outils complémentaires à la délimitation du marché pertinent

Puisque la délimitation des marchés pertinents n'est pas toujours exempte de défauts et peut créer quelques difficultés méthodologiques, se pose la question des outils complémentaires qui peuvent permettre d'éviter les écueils de la délimitation du marché. La réponse à cette question n'étant pas nécessairement la même selon que l'on se place dans le cadre du contrôle des concentrations ou des abus de position dominante, ces deux types de situations sont examinés séparément.

2.1 Contrôle des concentrations

Dans le cas du contrôle des concentrations, la délimitation du marché pertinent permet surtout de bien cibler le cadre d'analyse et d'évaluer de façon préliminaire (au travers des parts de marché) les forces en présence. Mais, comme évoqué plus haut, calculer des parts de marché n'est pas une fin en soi. Cela sert en réalité à préparer le cadre d'étude des effets potentiels de la concentration et à évaluer rapidement les risques que pourrait poser l'opération. Il ne s'agit donc en quelque sorte que de permettre un premier filtrage pour accélérer le traitement des notifications d'opérations qui ne paraissent pas pouvoir soulever de questions.

Par ailleurs, les imperfections liées à la délimitation des marchés pertinents dans certains contextes (produits différenciés / marchés géographiques, marchés bifaces, innovation, etc.) est reconnue depuis longtemps et l'Autorité en tient compte lors de l'analyse concurrentielle. Cette seconde phase de l'évaluation des effets de l'opération permet d'intégrer les difficultés méthodologiques de la délimitation du marché pertinent. Ainsi les lignes directrices de l'Autorité soulignent que *« quand les critères qualitatifs et quantitatifs usuels ne permettent pas avec suffisamment de certitude de délimiter un marché pertinent, en particulier pour des secteurs oligopolistiques où les produits offerts sont différenciés, il peut être envisagé d'identifier directement les substituts les plus proches vers lesquels se reporterait la demande en cas d'augmentation du prix des produits concernés »* (§331).

Reprenons par exemple le cas de l'opération *Eurovia / Tarmac* mentionnée au paragraphe 14. Dans cette opération, l'Autorité avait donc retenu des zones de chalandise de 40 kilomètres autour de chaque carrière (de la cible). A l'intérieur de ces zones, tous les concurrents étaient traités de la même manière alors même qu'ils n'exercent pas tous la même pression concurrentielle sur la carrière de référence. Par ailleurs, celles situées à plus de 40 kilomètres étaient donc exclues du calcul des parts de marché, alors même qu'elles peuvent se trouver juste à la limite (extérieure) de la zone. Le calcul des parts de marché (malgré ses imperfections) avait ainsi permis de réduire le nombre de zones de chalandise sur lesquelles une étude plus approfondie des effets potentiels de l'opération devait être menée.

Ensuite pour chacune des zones retenues, l'Autorité avait évalué la pression concurrentielle réelle exercée par les carrières concurrentes en fonction de leurs caractéristiques (par exemple types de granulats proposés mais aussi capacité d'extraction et de production mobilisables à court terme en cas d'augmentation des prix par la nouvelle entité, contraintes réglementaires pesant sur ces carrières, etc.) et de leur localisation géographique. Cette analyse plus fine permettait donc de tenir compte de la différenciation (en termes de caractéristiques des produits) entre les différents sites de production mais aussi de la proximité géographique. L'Autorité avait alors pu tenir compte de l'existence de carrières concurrentes hors de la zone de chalandise de 40 kilomètres mais qui pouvaient néanmoins être – au cas par cas – des alternatives crédibles à la nouvelle entité en cas de hausse significative des prix.

De même, dans son avis concernant la situation concurrentielle dans le commerce alimentaire de proximité à Paris¹³, l'Autorité a cherché à prendre en compte la pression concurrentielle exercée par les magasins situés à l'extérieur de Paris (en particulier les hypermarchés situés à proximité immédiate du périphérique parisien). Pour ce faire, l'Autorité ne s'est pas limitée à prendre en compte les magasins situés dans Paris intra-muros mais a calculé, pour chaque quartier de Paris et Paris dans son ensemble, des parts de marché ajustées des différents opérateurs qui permettraient de prendre en compte les hypermarchés de proche banlieue.

Pour ce faire, l'Autorité de la concurrence a considéré, en s'appuyant sur une base de données transmise par le groupe Casino, les magasins accessibles pour un échantillon constitué de 10 000 clients hypothétiques disposés régulièrement tous les 120 mètres dans Paris intra-muros. Ainsi, les parts de marché constatées mesurent le poids qu'occupent les différents groupes de distribution du point de vue des consommateurs parisiens. Plus précisément, pour un client donné, un supermarché ou une supérette est accessible s'il est situé à moins de 500 m (ou, alternativement, 300 ou 400m) et un hypermarché est accessible s'il est situé à moins de deux kilomètres, y compris s'il est implanté en périphérie. Pour chaque consommateur hypothétique a ensuite été calculé la part de chiffre d'affaires ou de surface de chaque magasin (et des magasins du groupe Casino en particulier) sur l'ensemble des magasins accessibles pour les consommateurs. Ces résultats sont ensuite agrégés pour l'ensemble des clients hypothétiques ou pour l'ensemble des clients d'un quartier.

Une autre méthode permettant de répondre aux difficultés méthodologiques soulevées par la définition des marchés peut reposer sur certaines méthodes quantitatives développées par les économistes. Ces tests (upward pricing pressure (UPP), gross upward pricing pressure index (GUPPI), illustrative price rise (IPR), etc.), qui ont notamment été discutés lors des révisions des lignes directrices au Royaume-Uni et aux États-Unis, semblent pouvoir être de bons compléments à l'analyse en particulier quand la délimitation des marchés est relativement incertaine.

Toutefois, les difficultés de mise en œuvre de tels tests dans des cas complexes (situations asymétriques, entreprises multi-produits, etc.) font qu'ils ne pourraient probablement n'être qu'un complément de l'analyse concurrentielle. Par exemple, ces tests nécessitent de disposer de données fiables notamment sur la substituabilité entre les produits mesurée notamment par les ratios de diversion. Ces derniers peuvent par exemple être dérivés de l'analyse de données de panels (tels que les panels de consommateurs). Ceci a pu être fait dans certaines opérations de concentration en comparant les changements de consommations des membres du panel d'une année sur l'autre, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Par exemple dans les cas où il existe une évolution tendancielle de la consommation avec, par exemple, une montée progressive en gamme ou des préférences différentes couplées à une évolution de la population des consommateurs (rajeunissement de la clientèle alors que les plus jeunes n'ont pas nécessairement les mêmes habitudes de consommation), il est possible, notamment lorsque les données analysent la consommation au sein d'un foyer et non d'un individu, que les changements observés soient dus non pas à des changements de prix relatifs des produits dans le temps mais simplement à l'évolution tendancielle de la consommation. Fonder l'analyse de l'opération uniquement sur un test quantitatif basé sur de telles données ne serait donc pas sans poser de problèmes.

Il peut donc parfois être préférable de baser ces tests non pas sur des données préexistantes (le plus souvent des données de panels ou données « sortie de caisse ») mais sur des sondages réalisés directement auprès des consommateurs comme cela a pu être fait par certaines autorités de concurrence. Ceci peut néanmoins être difficilement compatible avec les délais impartis lors de la phase préliminaire (25 jours ouvrés en phase I) mais même lors de l'examen approfondi (du fait de la procédure contradictoire écrite

¹³ Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

qui précède la séance et donc le rendu de la décision par l'Autorité, le temps disponible entre l'ouverture de la phase II et l'envoi du rapport aux parties peut s'avérer relativement court). En effet, dans un cas récent, l'Autorité s'est vu contrainte d'abandonner l'idée de faire réaliser un tel sondage par les parties, l'institut qui l'aurait réalisé ne pouvant s'engager à communiquer les résultats avant cinq à six semaines.

Il convient également de ne pas négliger le coût de réalisation de telles études, que ce soit pour les parties notifiantes, ou, plus rarement, par les autorités de concurrence dans un contexte dans lequel, comme toutes les autorités publiques, elles sont appelées à réaliser des économies. L'Autorité de la concurrence est ainsi invitée à réduire ses coûts de fonctionnement et ne serait pas en mesure de financer des études sans recourir à des moyens de financement externes qu'elle n'a pour l'heure pas envisagés, tels que, par exemple, l'acquiescement de frais de notification par les entreprises.

En outre, il est indispensable d'assurer en amont la validité méthodologique des études. Lorsque de telles études sont envisagées par les parties, compte tenu notamment des contraintes de délai, l'Autorité recommande d'évoquer ces questions, si possible, dès le stade de la notification et a établi des conditions de recevabilité des études afin d'assurer leur fiabilité et leur robustesse¹⁴.

Une autre difficulté méthodologique peut résider dans la difficulté d'obtenir des ratios de diversion calculés sur la base de sondages qui soient fiables et précis, et ce pour un ensemble de raisons. Tout d'abord, réduire l'intervalle de confiance des ratios ainsi calculés peut nécessiter d'interroger un nombre très important de personnes. Même en interrogeant 100 personnes (ce qui a pu être fait dans certaines opérations), le ratio de diversion estimé peut être relativement peu précis. Ainsi, un ratio de diversion estimé à 20 % sur la base de 100 réponses indiquerait en réalité que ce ratio est selon toute vraisemblance (en fait avec une probabilité supérieure à 95%) compris entre 13,3 % et 28,9 %. Sachant que plus le taux de marge est élevé, plus l'impact d'une erreur de calcul du ratio de diversion génère des erreurs importantes dans les tests UPP ou IPR, il convient de s'assurer que ces ratios sont mesurés de façon suffisamment précise. Par exemple, dans le cas d'un taux de marge de 33,3% et d'un ratio de diversion de 20%, il faut s'attendre à une baisse des coûts de 10% pour que le test UPP soit négatif (dans un cas symétrique). Si le ratio de diversion a été mesuré par sondage sur 100 sujets, il faut en fait anticiper une baisse comprise entre 6,6 % et 14,5 %.

Par ailleurs, il faudrait en théorie ne s'intéresser qu'aux réponses des consommateurs marginaux, i.e., ceux qui sont effectivement susceptibles de changer leurs habitudes de consommation en cas d'une hausse de prix significative (de l'ordre de 5 % à 10 %). Or, si on se limite à interroger 100 consommateurs, le nombre de consommateurs marginaux pourrait être sensiblement inférieur. Retenir l'ensemble des réponses (pour réduire l'intervalle de confiance) reviendrait donc à supposer que consommateurs marginaux et infra-marginaux substitueraient en fait de la même façon ce qui est loin d'être évident.

Toutefois, si les données disponibles sont adaptées et précises (ce qui peut nécessiter des sondages de grande ampleur si cette piste est retenue) et permettent aux parties de mettre en œuvre ces approches novatrices dans les délais impartis, l'Autorité sera à même d'évaluer les analyses proposées par les parties.

De même, si des approches plus sophistiquées telles que les simulations ou les études économétriques (essentiellement structurelles) visant à évaluer directement les effets des concentrations peuvent s'avérer être de bons compléments à la délimitation des marchés, elles ne peuvent pas s'y substituer. En effet, ces méthodes exigent de collecter (et donc de traiter) de grandes quantités de données et sont très chronophages. Elles ne peuvent pas être mises en œuvre durant la phase préliminaire d'analyse du dossier

¹⁴ Voir l'Annexe B aux lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, « Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence ».

et ne sont adaptées qu'à des opérations dont il paraît certain qu'elles feront l'objet d'un examen approfondi. En outre, dans la mesure où ces méthodes nécessitent d'obtenir des données détaillées et qu'elles sont d'autant plus complexes à mettre en œuvre que le nombre de produits impliqués est élevé, il est crucial d'avoir au préalable cerné un cadre de travail suffisamment précis pour limiter la complexité de l'étude économétrique. Si en théorie, les effets d'une concentration peuvent être simulés en incluant des catégories non pertinentes de produits, ceci induit des coûts de traitement sensiblement plus élevés. La délimitation initiale de marchés pertinents (ne serait-ce que de manière qualitative) permet donc de simplifier la mise en œuvre de méthodes quantitatives. Ceci ne doit pas toutefois empêcher les parties de soumettre de telles études, qui seraient le cas échéant évaluées par le service économique de l'Autorité et utilisées en complément d'autres éléments lors de l'examen approfondi de l'opération.

Ainsi, les tests quantitatifs « simples » tels que les indices GUPPI ou les tests UPP peuvent être des compléments intéressants mais ne semblent pas pouvoir s'y substituer.

Mais ce ne sont pas les seuls compléments possibles. L'analyse concurrentielle, qui constitue le cœur du processus de décision en matière de concentrations, constitue le terrain privilégié pour l'ajustement des résultats obtenus dans le cadre de l'exercice de la définition du marché. Plusieurs méthodes quantitatives d'analyse concurrentielle peuvent alors être envisagées en fonction du type de question posée par l'opération.

Ainsi, dans le cas de l'étude d'opérations portant sur de multiples marchés locaux, un moyen d'identifier les concurrents les plus proches des parties peut consister à comparer les marges des parties sur ces différents marchés et locaux et vérifier si la présence d'un concurrent particulier modifie de manière sensible ces marges.

L'analyse concurrentielle permet également de nuancer l'approche par la seule définition des marchés dans le cas de secteurs économiques fonctionnant essentiellement par appels d'offres, comme l'a expérimenté l'Autorité. Elle s'est ainsi intéressée aux effets de la concentration des marchés sur les marchés d'appels d'offres notamment lors des opérations *Véolia / Transdev* (rapprochement entre deux opérateurs de transport urbain et interurbain)¹⁵ et *GDF / Ne Varietur* (opération dans le secteur des réseaux de chauffage urbain)¹⁶. Il est en effet bien connu que, sous certaines conditions, les parts de marché (à un moment donné) ne sont pas toujours un bon indicateur dans les marchés d'appels d'offres. Aussi, l'Autorité a complété l'analyse basée sur les parts de marchés par d'autres éléments qualitatifs mais aussi quantitatifs pour mesurer les risques d'atteinte à la concurrence.

Dans le dossier *Véolia / Transdev*, l'analyse quantitative a ainsi été utilisée pour évaluer les effets de la concentration sur le marché des transports urbains. Deux questions ont ainsi été abordées sur ce marché particulier puisque faisant l'objet d'appels d'offres de la part des autorités organisatrices de transport (*délégation de service public, DSP*) : l'une visait à analyser l'impact du nombre d'offres soumises lors des appels d'offres sur le taux de marge de l'opérateur attributaire de la DSP, l'autre s'intéressait au lien possible entre la forte présence d'un opérateur dans une zone géographique donnée (sur les marchés des transports urbain et interurbain) et la probabilité de succès de cet opérateur lors des appels d'offres conduits dans cette même zone (pour les DSP de réseaux de transport urbain).

¹⁵ Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 concernant la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse de Dépôts et Consignations réunissant les activités de leurs filiales respectives de transport respectives, Veolia Transport et Transdev.

¹⁶ Décision 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez.

Dans le dossier *GDF / Ne Varietur*, l'Autorité avait porté son attention sur l'analyse de l'ensemble des appels d'offres des cinq dernières années et en particulier sur le taux de reconduction du candidat sortant. Elle avait ainsi pu conclure que « *le renforcement de la position de GDF Suez par la concentration était d'autant plus significatif que le taux de reconduction élevé des opérateurs sortants observé bénéficiait en particulier aux leaders du marché, les filiales de GDF Suez étant renouvelées dans 70 à 80 % des DSP dont elles étaient sortantes durant la période considérée. Dans ces conditions, l'accroissement du portefeuille de réseaux de GDF Suez en raison de l'opération était susceptible d'être maintenu à long terme. En second lieu, l'existence de fortes contraintes géographiques similaires à celles observées dans Veolia/Transdev, puisque l'exploitation de réseaux dans une région donnait crédibilité aux candidatures dans la même région, expliquait que les zones de forte implantation des parties étaient considérées par certaines collectivités comme des chasses gardées.* »¹⁷

La délimitation des marchés pertinents peut donc parfois poser quelques difficultés méthodologiques. Mais elle est toujours – en contrôle des concentrations – complétée par une analyse précise des effets pro- et anticoncurrentiels de l'opération sur le marché. Comme mentionné précédemment, le Conseil d'État – juridiction de contrôle des décisions de l'Autorité en matière de concentrations – accorde aujourd'hui une grande importance à la délimitation des marchés pertinents et aux parts de marché des parties. Malgré les difficultés méthodologiques soulevées par cette question et l'insuffisance, à elle seule, de cette étape de définition des marchés, elle demeure une étape nécessaire à laquelle des méthodes alternatives ne peuvent totalement se substituer. Ces méthodes peuvent néanmoins être très utiles en complément de la délimitation des marchés.

2.2 L'identification de positions dominantes dans le cadre de pratiques unilatérales ou d'enquêtes sectorielles

Le cas de la sanction des abus de position dominante est plus complexe dans la mesure où, comme nous l'avons mentionné dans la section précédente, la délimitation du marché joue un rôle beaucoup plus important. Dans la mesure où la jurisprudence impose de démontrer l'existence d'une position dominante avant de caractériser un abus, la délimitation du marché semble incontournable.

Il faut toutefois rappeler qu'une délimitation étroite du marché qui conduirait à calculer des parts de marché « artificiellement » élevées ne signifie pas qu'une entreprise sera, à tort, considérée comme détenant une position dominante. En effet, comme évoqué plus haut, une part de marché élevée ne suffit pas à démontrer l'existence d'une position dominante. L'analyse des conditions d'entrée ou de la pression exercée par les concurrents de l'entreprise incriminée peut conduire à conclure à l'absence de position dominante même lorsque la part de marché est très élevée.

Ainsi, bien qu'une entreprise dispose d'une part de marché importante sur le marché délimité, elle pourrait ne disposer que d'un faible pouvoir de marché si des concurrents étaient susceptibles d'entrer rapidement sur le marché et à faibles coûts, notamment si des prix élevés sont pratiqués. L'étude des barrières à l'entrée est donc un complément indispensable (pas seulement pour la caractérisation d'une position dominante mais aussi en contrôle des concentrations) de l'évaluation des parts de marché.

La crédibilité de l'hypothèse de l'entrée de nouveaux offreurs pour venir concurrencer une entreprise qui tenterait d'exercer un pouvoir de marché dépend en effet de l'importance de ces barrières à l'entrée, barrières qui peuvent prendre différentes formes. Ces barrières peuvent être liées à l'importance des économies d'échelle dans le secteur concerné (l'entrée nécessitant de conquérir une part de marché élevée pour atteindre le seuil de rentabilité pouvant rendre l'entrée peu probable), s'expliquer par des avantages

¹⁷ Charles Bertin et Simon Genevaz (2011), « Contrôle des concentrations sur les marchés d'appels d'offres : L'expérience française », *Concurrences*, n° 2011-3, pp. 70-81.

de coûts accumulés par les entreprises déjà présentes sur le marché (par exemple des brevets) ou l'attachement des consommateurs à une marque ou à une technologie. Enfin, certaines réglementations comme des normes ou certifications, ou des contraintes liées à l'implantation de nouvelles activités, pourraient conduire à ériger des barrières susceptibles de rendre peu crédible l'hypothèse de nouvelles entrées.

En dehors des cas de pratiques unilatérales, l'Autorité de la concurrence a esquissé une délimitation de marché indépendamment d'une procédure de concentration ou d'une procédure contentieuse et identifié une position dominante dans le cadre d'enquêtes sectorielles. Ce faisant, l'Autorité n'a procédé à la qualification d'aucune pratique et n'a pas recherché si les comportements individuels des acteurs concernés étaient susceptibles de constituer une infraction. L'objectif de l'Autorité était plutôt d'analyser le fonctionnement d'un marché, d'identifier les catégories de comportements qui seraient susceptibles de constituer une infraction et d'inviter, le cas échéant, sur cette base, les acteurs concernés, à se conformer au droit de la concurrence. L'analyse de l'Autorité dans ce cadre particulier peut néanmoins être utilement rappelée pour illustrer la façon dont la définition du marché et l'analyse concurrentielle ont interagi de façon complémentaire.

Dans son avis sur le marché de la publicité en ligne¹⁸, l'Autorité avait conclu à l'existence d'un marché spécifique de la publicité en ligne liée aux recherches, marché sur lequel Google disposait alors d'une part de marché supérieure à 90 %. Pour autant, l'Autorité ne s'était pas arrêtée à cette constatation pour conclure que Google était effectivement en position dominante sur ce marché. L'Autorité avait ainsi analysé le contexte dans lequel cette part de marché élevée, et qui se maintenait à un niveau élevé sur la durée, était obtenue.

L'Autorité a notamment remarqué « que les prix au coût par clic de Google sont supérieurs à ceux pratiqués par les moteurs de recherche concurrents, ce qui pourrait s'expliquer par le fait que Google attire davantage d'enchérisseurs compte tenu de son caractère central dans la navigation des internautes » (§233). Elle notait aussi, que bien que « Google ne maîtrise ni le volume de publicité liée aux recherches qu'elle offre ni le prix défini par l'enchère pourrait plaider pour l'existence d'un faible pouvoir de marché, (...) Google est en mesure d'influencer les prix par d'autres moyens (via notamment le score de qualité). Enfin, c'est dans le cadre des relations contractuelles avec les annonceurs que le pouvoir de marché de Google est le plus susceptible de s'exercer » (§234 et développements des §235 à 248).

L'Autorité a, en outre, constaté l'existence de barrières à l'entrée élevées, notamment du fait des coûts élevés pour la mise en place d'un moteur de recherche concurrent performant, des effets d'échelle concernant la pertinence des résultats fournis par le moteur de recherche (algorithme d'autant plus performant que le nombre de requêtes est élevé, en particulier pour des requêtes spécifiques et donc moins communes) et de l'avance de Google en ce qui concerne l'exhaustivité de l'indexation. Des barrières à l'entrée existaient aussi sur l'activité de publicité liée aux recherches (indépendamment des difficultés à produire un moteur de recherche performant). C'est donc cette analyse détaillée du pouvoir de marché de Google, et non pas simplement le constat d'une part de marché très élevée, qui a conduit l'Autorité à conclure à la position dominante de Google sur le marché de la publicité liée aux recherches.

Par ailleurs, et c'est sans doute au moins aussi crucial, il faut relativiser l'importance de la délimitation du marché pertinent puisque ce n'est jamais la position dominante qui est sanctionnée, mais l'abus d'une position dominante. Or l'analyse de la pratique (i.e., la caractérisation éventuelle d'un abus) ou, le cas échéant, des effets potentiels d'éviction dont elle est à l'origine, dès lors qu'elle est correctement conduite, devrait permettre de corriger les difficultés liées à la délimitation du marché.

¹⁸ Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

Dans l'avis précité sur la publicité en ligne, l'Autorité, bien qu'ayant constaté que Google était en position dominante, a rappelé que « [c]ette position dominante n'est, bien sûr, pas condamnable en soi : elle résulte d'un formidable effort d'innovation, soutenu par un investissement important et continu. Seul l'exercice abusif d'un tel pouvoir de marché pourrait être sanctionné. » (§403).

De même, dans son avis concernant la situation concurrentielle dans le commerce alimentaire de proximité à Paris¹⁹, l'Autorité a constaté l'existence d'une position dominante du groupe Casino susceptible de limiter la concurrence sur ce marché. Mais elle a également conclu que la concentration observée sur le marché parisien de la distribution à dominante alimentaire découle, d'une part, des investissements effectués par le groupe Casino, qui lui ont permis d'agrandir et d'améliorer son parc de magasins et, d'autre part, du désintérêt relatif longtemps manifesté par les concurrents de ce groupe à l'égard du marché parisien et que la réussite du groupe Casino à Paris peut donc être imputée à sa stratégie et à ses mérites propres.

¹⁹

Avis 12-A-01 précité.

FRANCE
(English Version)

The definition of relevant markets (product groups and geographic areas) is an important aspect of the implementation of competition law but is not an end in itself. The ultimate objective pursued by competition authorities via this concept is to assess a firm's market power.

The issue of the role and limitations of market definition by competition authorities was identified long ago. As of the end of the 1980s, the economist Franklin Fisher defended the idea that some errors of judgment made by the competition authorities are due to an incorrect market definition.¹ According to him, a direct assessment of firms' market power was possible without needing to define precisely the bounds of a given market.

The Conseil de la concurrence already noted, in its thematic study on market definition in its 2001 annual report that "recent economic developments also plead in favour of relativising the role played by the relevant market concept. New technologies are blurring the boundaries that formerly existed between certain markets. (...) Moreover, the developments noted are increasingly rapid and require that market bounds be monitored at the same pace."

In the same study, the Conseil also mentioned that "in the view of the Conseil, the assessment of market share represents only an initial approach to market power. This assessment is complemented by other factors of analysis, in particular the market structure, the number of its competitors and their market shares, and whether or not barriers to entry exist in the defined market. However, this first step ensures a rigorous approach to competition issues."

Since then, the Autorité de la concurrence, which replaced the Conseil de la concurrence in 2009, has acquired greater experience in this area, which confirms the limitations of the relevant market concept (1) and the need to make use of additional tools to ensure the accuracy of competition analysis (2).

1. Limitations of the relevant market concept

1.1 Market definition is not an end in itself

As mentioned in the introduction, the definition of relevant markets (product groups and geographic areas) is an important aspect of analysis whether for merger control or the characterization of abuses of dominant position, or for assessment of the harm caused to the economy by anti-competitive practices (an important factor in calculating any possible sanction). However, it is not an end in itself, but merely a first step in the assessment of anti-competitive effects of a merger or a practice implemented on a market.

Accordingly, since the entry into force of the New Economic Regulations Act No. 2001-420 of 15 May 2001, notification is only based on turnover, and no longer the market shares of the parties.

¹ Fisher, Franklin (1987), "Horizontal Mergers: Triage and Treatment", *Journal of Economic Perspectives*, 1(2), pp. 23-40.

The guidelines of the Autorité de la concurrence on merger control (dated 16 December 2009) specify the role of market definition in the process of merger control. They provide that "*market definition is an essential step in merger control, since it makes it possible to identify the area within which competition takes place between firms and subsequently to assess their market power*" (§301). The same guidelines also specify that "*after having delineated the relevant markets, the Autorité carries out a preliminary analysis of the market shares and the degree of market concentration*" (§340). They also use criteria relating to market shares and the degree of concentration as preliminary filters to eliminate *ex ante* the need for a detailed analysis of competitive effects. For example, it is mentioned "*that in practice, the Autorité uses the same thresholds as the European Commission for determining whether or not a merger justifies an in-depth analysis. When the market share of the entity resulting from a horizontal merger is less than 25%, or 30% in a vertical or conglomerate merger, the Autorité considers that anticompetitive effects on competition are unlikely, except in special cases*" (§341-342).

The competent jurisdiction for reviewing merger control decisions in France, the Conseil d'Etat, is attentive to market definition and exercises full control in this field. In its decision concerning an appeal by the Métropole Télévision group against the authorisation decision², subject to commitments, taken by the Autorité de la concurrence in the TF1/AB case³, it examined very carefully the market definition (in the sector of television and radio rights and television advertising) made by the Autorité de la concurrence.

Likewise, in its decision⁴ relating to an appeal by Mr Bricolage concerning the Mr Bricolage/Passerelle⁵ merger, the Conseil d'État analysed the assessment made by the Autorité concerning the market power of the new entity in the eighty identified catchment areas.

In its *Bouygues Télécom*⁶ (regarding possible segmentation to be made in the market for mobile phone products and services), *Fiducial*⁷ (concerning the audit market) and *Delonghi*⁸ (concerning the market for personal healthcare equipment) decisions, the supreme administrative jurisdiction has likewise emphasised the importance of market definition and of the analysis of the position that would be held by the entity resulting from the merger, with regard to its market share in particular.

In all the above-mentioned decisions, the Conseil d'État has, moreover, confirmed the market definition and the analysis of the Autorité de la concurrence or of the Minister for Economic Affairs.

However, market definition and the subsequent calculation of market share is not an end in itself. It is merely an initial stage of analysis which makes it possible to better identify possible competitive problems.

² Decision of the Conseil d'État of 30 December 2010, *Société Métropole Télévision*, No. 338197.

³ Decision 10-DCC-11 of 26 January 2010 relating to the acquisition of sole control by TF1 group of NT1 and Monte-Carlo Participations (AB group).

⁴ Decision of the Conseil d'État of 23 December 2010, *Mr Bricolage*, No. 337533 (and *Bric'Oléron*, 338594).

⁵ Decision 10-DCC-01 of 12 January 2010 relating to the exclusive takeover of the Passerelle company by Mr Bricolage.

⁶ Decision of the Conseil d'État of 26 May 2010, *Bouygues Telecom*, No. 313764 (against the authorisation decision of the Minister of the Economy C2007-144 of 4 January 2008, *FranceTelecom/Compagnie européenne de téléphonie*).

⁷ Decision of the Conseil d'État of 31 July 2009, *Fiducial Audit et Fiducial Expertise*, No. 305903 (against the Minister's authorisation decision C2006-91 of 15 December 2006, *Deloitte/BDO Marque et Gendrot*).

⁸ Decision of the Conseil d'État of 13 February 2006, *Delonghi*, No. 278796 (against the authorisation decision of the Minister of the Economy C2004-40 of 6 February 2004, *Seb/Moulinex*).

The case evaluation will therefore be systematically complemented by a deeper analysis of the competitive effects of the transaction. The guidelines mention that *“this first, very useful estimate of the market structure and the size of the parties to the merger and their competitors does not, however, limit competition analysis, if only because it does not make it possible to assess the existence of competitive pressure due to the absence of barriers to entry and the existence of potential competitors which are not actually present in the markets in question”* (§340).

In the case of abuse of dominant position, the role of market definition is equally important. As was confirmed by the Paris Court of Appeals in the *Glaxo*⁹ ruling, the examination of market shares is an essential factor in assessing the possible dominance of a firm in its market: *“Considering that it is by relevant assessments, which the court accepts, that the Conseil has decided that the size of GLAXO’s market shares and the weakness of the real or potential competition are sufficient to characterise GLAXO’s dominant position in the market for Aciclovir, at least until 2002.”*

However, the Autorité de la concurrence has regularly given reminders¹⁰ that “the analysis of dominant position cannot be confined to an examination of market shares. Other factors must be taken into account. The dominant position of a firm in a given market is established when the said firm is able to act independently of its competitors and the consumers, without taking into account the competitive constraints that these economic agents might endeavour to exert and without this attitude harming it.”

This suggests notably that situations can easily be imagined in which a firm having a significant market share in the defined relevant market may not be in a dominant position, for example because barriers to entry are extremely low or because its market share does not reflect its real position in the market (e.g., due to the existence of strong countervailing forces such as buyer power).

On the other hand, it is harder to imagine a situation in which a small market share could nevertheless lead to a firm’s position being characterised as dominant. Admittedly, in the *Royal Canin*¹¹ decision of June 2005, the Conseil de la concurrence had concluded as to the dominant position of Royal Canin even though its market share was only slightly more than 40%: *“There are other criteria for establishing the market power of a firm, apart from calculating the dominant operator’s relative share compared to that of its competitors. In a case relating to the market for dry dog food, the Conseil assessed the dominant position of Royal Canin based on a series of factors: market share in all specialised distribution, ownership of two of the leading three brands in the specialist store channel, past performance in food products, unmatched presence at points of sale, and permanent contacts with 50% of prescribers”* (decision 05-D-32, §169-174).

However, it would be far more complex if an imprecise and excessively broad definition of the market led to far smaller market shares. Accordingly, in cases of abuse of dominant position, market definition remains an essential step in analysis of the case.

1.2 *Methodological difficulties*

Although market definition is an essential step in the implementation of competition law (especially with regard to merger control and abuses of dominant position), this is nevertheless a complex operation which is not without problems.

⁹ *Glaxo* ruling, Paris Court of Appeal, 8 April 2008.

¹⁰ See in particular decision No. 10-D-02 of 14 January 2010 relating to practices employed in the sector of low-molecular-weight heparins. Also see Court of Justice of the European Communities (CJEC), *Hoffmann La Roche*, Case C-62/86 AKZO/Commission [1991] COLLECTION I-3359, point 60.

¹¹ Decision No. 05-D-32 of 22 June 2005 relating to practices employed by the Royal Canin company and its distribution network.

An initial difficulty is the application of quantitative tests supposed to help define relevant markets, such as the SSNIP test. To perform this test, a large quantity of data must be available (in particular regarding price elasticities, cross-price elasticities and margins [marginal and not average] for all the products to be included in the test). As a consequence, they are therefore rather seldom used in practice.

Moreover, market definition, whether performed using qualitative and/or quantitative criteria, suffers from certain methodological limitations. Market delineation implies deciding whether a product is in the relevant market or not, which may pose problems – and create some uncertainty regarding the result – when the products on offer are imperfect substitutes, whether the differentiation concerns the products' characteristics or their geographic availability.

Let's consider, for example, the case of the geographic substitutability of products as was dealt with recently by the Autorité de la concurrence in numerous merger deals, including, in particular, the acquisition by *Eurovia* of the assets (aggregate quarries and bituminous mix production plant) of *Tarmac* group.¹² In the case of the aggregate quarries, the Autorité adopted – in accordance with prior decision-making practice – a catchment area of 40 kilometres around each quarry. Although common in the definition of relevant geographic markets in a large number of sectors, this method poses a potential problem for at least two reasons. First, for the calculation of market shares, all sales of all quarries located less than 40 kilometres away from the reference quarry will be taken into account. Accordingly, the same importance is assigned to a quarry located 1 kilometre away and another located 39 kilometres away from the reference quarry. Secondly, whereas the quarry located 39 kilometres away is included in the relevant market (and all its sales are taken into account), another located 41 kilometres away would not be included in the analysis.

Product differentiation is not the only situation in which market definition can pose problems. For example, as pointed out by economists among others, market definition can be a perilous exercise in the case of two-sided markets (because indirect externalities between the different market sides must be allowed for) and in sectors in which innovation plays an important role (market definition is by nature a static exercise whereas rapid market changes are common in these sectors).

2. Additional tools for market definition

Since market definition is not always free of faults and can create some methodological difficulties, additional tools could be considered to avoid the pitfalls inherent in this process. Since the possible solutions are not necessarily the same depending on whether they apply to merger control or abuse of dominant position, these two types of situations are examined separately.

2.1 Merger control

For merger control, market definition makes it possible, in particular, to precisely target the framework of analysis and make a preliminary assessment (via market shares) of the forces involved. But, as mentioned earlier, calculating market shares is not an end in itself. In reality it is useful for preparing a framework for studying the potential effects of the merger and rapidly assessing the risks that the transaction could entail. The aim therefore is merely to allow an initial filtering in order to speed up the handling of notifications of mergers which seem unlikely to give rise to issues.

Moreover, the imperfections related to market definition in certain contexts (differentiated products/geographic markets, two-sided markets, innovation, etc.) has long been recognised and the

¹² Decision 10-DCC-98 of 20 August 2010 relating to the exclusive takeover of assets of the Tarmac group by Eurovia.

Autorité takes it into account in competition analysis. This second phase of assessment of the effects of the merger makes it possible to factor in the methodological difficulties of market definition. The Autorité's guidelines emphasise that "*when the customary qualitative and quantitative criteria do not make it possible to define a relevant market with sufficient certainty, especially for oligopolistic sectors where the products offered are differentiated, one could consider identifying directly the most similar substitutes to which demand would switch in the event of an increase in the price of the products in question*" (§331).

For example, let us go back to the *Eurovia/Tarmac* merger mentioned in section 22. In this transaction, the Autorité had adopted a catchment area of 40 kilometres around each quarry (of the target). Within these areas, all the competitors were treated in the same way, even though they do not all exert the same competitive pressure on the reference quarry. Moreover, those located more than 40 kilometres away were excluded from the calculation of market shares, even though they may have been located just on the (outer) boundary of the area. The calculation of market shares (despite its imperfections) had thus made it possible to reduce the number of catchment areas in which a more thorough study of the potential effects of the transaction was to be conducted.

Then, for each of the areas selected, the Autorité has assessed the real competitive pressure exerted by rival quarries according to their characteristics (e.g., types of aggregates offered but also the extraction and production capacity that could be mobilised at short notice in the event of a price increase by the new entity, regulatory constraints hampering these quarries, etc.) and their geographic location. This detailed analysis therefore made it possible to allow for the differentiation (in terms of product characteristics) between the various production facilities in addition to geographic proximity. The Autorité has then been able to take into account the existence of rival quarries beyond the 40-kilometre catchment area but which could nevertheless – depending on the case – be credible alternatives to the new entity in the event of a significant price rise.

Likewise, in its opinion concerning the competitive situation of the grocery retailing sector in Paris¹³, the Autorité endeavoured to take into account the competitive pressure exerted by stores located outside Paris (in particular hypermarkets located in the immediate vicinity of the Paris ring-road). To this end, the Autorité not only took into account the stores located in the Paris inner city but calculated, for each district of Paris and for Paris as a whole, the adjusted market shares of the various operators which allowed to take into account the hypermarkets in the inner suburbs.

To do so, the Autorité de la concurrence, using a database provided by the Casino group, considered the accessible stores for a sample consisting of 10,000 hypothetical customers placed at regular 120-metre intervals in the Paris inner city. Accordingly, the observed market shares measure the weight of the various retailing groups from the viewpoint of Parisian consumers. More precisely, for a given customer, a supermarket or superette is accessible if it is located less than 500 m (or, alternately, 300 or 400 m) away and a hypermarket is accessible if it is located less than two kilometres away, even if it is located on the outskirts of Paris. For each hypothetical consumer, the turnover or store space of each store (and of Casino group stores in particular) was then calculated as a proportion relative to all the stores accessible for the consumers. These results were then aggregated for all the hypothetical customers or for all the customers in a district.

Another possible method to respond to the methodological problems raised by market definition is based on certain quantitative methods developed by economists. These tests (upward pricing pressure [UPP], gross upward pricing pressure index [GUPPI], illustrative price rise [IPR], etc.), which were discussed in particular during revisions of the guidelines in the United Kingdom and the United States, appear to be good complements to analysis, especially when the market definition is relatively uncertain.

¹³ Opinion 12-A-01 of 11 January 2012 relating to the competitive situation in the food retailing sector in Paris.

However, given the difficulties of performing such tests in complex cases (asymmetric situations, multi-product firms, etc.), they could probably be merely a complement to competition analysis. For example, these tests require the availability of reliable data, especially regarding the substitutability between products measured in particular by diversion ratios. The latter may, for example, be obtained by analysing the data from panels (such as consumer panels). This was able to be done in some merger transactions by comparing changes in the consumption of panel members from year to year, which cannot be done without difficulty. For example, in cases where there is an underlying consumption trend with, for example, a gradual move upmarket or different preferences combined with a change in the consumer population (reduction in the age of customers, given that younger people do not necessarily have the same consumption habits), it is possible, especially when the data evaluate consumption for a household and not an individual, that the changes observed may be due not to relative product price changes over time but simply to the underlying consumption trend. Basing analysis of a transaction solely on a quantitative test using such data would not be without problems.

It may therefore sometimes be preferable to base these tests not on pre-existing data (usually panel data or checkout counter data) but on surveys carried out directly with consumers, as some competition authorities have done. However, this may be hardly compatible with the deadlines assigned during the preliminary phase (25 working days in phase I) and may even pose time problems during the in-depth examination (due to the contradictory written procedure preceding the hearing and hence the decision by the Autorité, the time available between the start of phase II and the submission of the statement of objections to the parties may prove relatively short). In a recent case, the Autorité was forced to abandon the idea of having such a survey produced by the parties, because the institute that would have performed the survey said they could not report the results within five to six weeks.

The cost of performing such studies should also not be overlooked, whether for the notifying parties or, more rarely, for the competition authorities in a context in which, like all public authorities, they are called on to make savings. The Autorité de la concurrence has been prompted to reduce its operating costs and would not be able to finance studies without calling on outside sources of financing that it has not envisaged so far, such as, for example, charging notification fees to merging parties.

It is also essential to ensure the methodological validity of the studies beforehand. When such studies are planned by the parties, given time constraints in particular, the Autorité recommends discussing these questions as early as possible, possibly at the pre-notification stage, and has established conditions for the validity of studies in order to ensure their reliability and robustness¹⁴.

Another methodological difficulty may lie in the difficulty to obtain, for a variety of reasons, diversion ratios calculated based on surveys which are reliable and precise. First, to reduce the confidence interval of the ratios calculated this way, it may be necessary to survey a very large number of people. Even by polling 100 people (which was possible in some transactions), the estimated diversion ratio may be relatively imprecise. Accordingly, a diversion ratio estimated at 20% on the basis of 100 replies would in fact indicate that this ratio should be expected to lie (with a probability exceeding 95%) in a range between 13.3% and 28.9%. Knowing that the higher the profit margin, the greater the errors generated in the UPP and IPR tests by an error in calculating the diversion ratio, it should be ensured that these ratios are measured sufficiently precisely. For example, in the case of a profit margin of 33.3% and a diversion ratio of 20%, a 10% fall in costs should be expected for the UPP test to be negative (in a symmetrical case). If the diversion ratio has been measured by a survey of 100 subjects, a fall ranging between 6.6% and 14.5% should in fact be expected.

¹⁴ See Appendix B to the guidelines of the Autorité de la concurrence relating to merger control: "Recommendations for the submission of economic research to the Autorité de la concurrence".

Moreover, in theory only the replies of marginal consumers should be considered, i.e., those who would actually change their consumption habits in the event of a significant price rise (of 5% to 10%). Now, if only 100 consumers are polled, the number of marginal consumers could be far lower. Using all the responses (to reduce the confidence interval) would therefore amount to assuming that marginal and infra-marginal consumers would in fact substitute in the same way, which is far from obvious.

However, if the available data are appropriate and precise (which may require large-scale surveys if this solution is adopted) and allow the parties to employ these innovative approaches within the allotted deadlines, the Autorité will be able to assess the analyses proposed by the parties.

Likewise, while more sophisticated approaches such as econometric (basically structural) simulations or studies designed to assess the effects of mergers directly may prove to be good complements to market definition, they cannot replace it. This is because these methods require collecting (and hence processing) large quantities of data and are very time-consuming. They cannot be applied during the preliminary phase of analysis of the case and are suitable only for transactions for which it seems certain that they will undergo an in-depth examination. Moreover, since these methods require obtaining detailed data and increase in complexity with the number of products involved, it is crucial to have first defined a sufficiently precise scope of work to limit the complexity of the econometric study. While in theory the effects of a merger can be simulated including non-relevant product categories, this results in far higher processing costs. The initial market definition (if only in a qualitative manner) can therefore make the use of quantitative methods easier. However, this should not prevent the parties from submitting such studies, which would, where applicable, be assessed by the economics department of the Autorité and used in addition to other factors during the in-depth examination of the transaction.

Accordingly, "simple" quantitative tests such as the GUPPI indices and UPP tests can be worthwhile complements but seem unable to replace market definition.

But these are not the only possible complements. Competition analysis, which is central to the decision-making process regarding mergers, is the ideal field for adjusting the results obtained within the framework of market definition. Several quantitative methods of competition analysis can therefore be considered depending on the type of issue posed by the transaction.

For example, in the case of studies of transactions involving numerous local markets, one way of identifying the parties' nearest competitors can be to compare the margins of the parties in these various local markets and check whether the presence of a particular competitor (usually the other merging party) noticeably alters those margins.

Competition analysis can also refine the approach by market definition alone in the case of economic sectors operating primarily by invitations to tender, as experienced by the Autorité. It examined the effects of markets concentration on tender contracts in particular in the case of the *Véolia/Transdev* operation (merger between two urban and intercity transport operators)¹⁵ and the *GDF/Ne Varietur* transaction (in the urban heating utilities sector)¹⁶. It is well known that, in certain conditions, market shares (at a given time) are not always a good indicator in tender contracts. Accordingly, the Autorité complemented the analysis based on market shares with other qualitative and also quantitative data to measure the risks of distortion of competition.

¹⁵ Decision 10-DCC-198 of 30 December 2010 concerning the formation of a joint venture between Veolia Environnement and Caisse de Dépôts et Consignations combining the activities of their respective transport subsidiaries, Veolia Transport and Transdev.

¹⁶ Decision 11-DCC-34 of 25 February 2011 relating to the takeover of full control of Ne Varietur by GDF Suez.

In the *Veolia/Transdev* case quantitative analysis was used to assess the concentration effects in the local (urban) transport market. Two issues were examined in this special market for which tenders are invited by the transport authorities (*public service delegation*): one involved an analysis of the impact of the number of bidders on the profit margin of the operator awarded the public service delegation, and the other concerned the possible link between the strong presence of an operator in a given geographic area (in the local and intercity transport markets) and its probability of success when bidding for a tender conducted in the same area (for local transport).

In the *GDF/Ne Varietur* case, the Autorité had carefully analysed all the invitations to tender in the past five years and in particular the incumbents' rate of success. It concluded that *"the strengthening of GDF Suez's position by the merger was all the more significant in that the high rate of contract renewal observed for incumbent operators benefited in particular to the market leaders, since the subsidiaries of GDF Suez saw their contracts renewed in 70% to 80% of the public services delegations for which they were incumbents during the period in question. In these circumstances, the increase in the network portfolio of GDF Suez due to the transaction was liable to be maintained on a long-term basis. Secondly, the existence of major geographic constraints similar to those seen in Veolia/Transdev, because the operation of networks in a given region lent credibility to candidacies in the same region, explained why the areas in which the parties were strongly established were considered by some local authorities as private preserves."*¹⁷

Market definition can therefore sometimes involve some methodological difficulties. But it is always – in merger control – complemented by a precise analysis of the pro- and anti-competitive effects of the transaction on the market. As mentioned above, the Conseil d'État – the jurisdiction supervising the decisions of the Autorité regarding mergers – now assigns great importance to market definition and the market shares of the parties. Despite the methodological difficulties raised by this issue and the inadequacy of this market definition stage by itself, it is still a necessary step for which alternative methods cannot completely substitute. However, these methods can be very useful as a complement to market definition.

2.2 *The identification of dominant positions within the framework of unilateral practices and sector inquiries*

The case of sanctions for abuses of dominant position is more complex to the extent that, as we mentioned in an earlier section, market definition plays a far more important role. To the extent that established precedents require demonstrating the existence of a dominant position before characterising an abuse, market definition seems essential.

However, it should be remembered that a narrow definition of the market that would lead to the calculation of an "artificially" high market share does not mean that a firm will be wrongly considered as having a dominant position. As mentioned above, a high market share is not sufficient to demonstrate the existence of a dominant position. Analysis of entry conditions or of the pressure exerted by competitors of the firm under review may lead to the conclusion that there is no dominant position even when the market share is very high.

Accordingly, even though a firm has a large market share in the defined market, it might have only a small market power if competitors were able to enter the market rapidly at a low cost, especially if high prices are set. Looking at barriers to entry is therefore an essential complement (not merely for the characterisation of a dominant position but also for merger control) to the assessment of market share.

¹⁷ Charles Bertin and Simon Genevaz (2011), "Merger control in tender contracts: French experience", *Concurrences*, No. 2011-3, pp. 70-81.

The credibility of entry of new suppliers to compete with a firm that is seeking to exercise market power depends on the level of these barriers to entry, which may take various forms. The barriers can be related to the significance of economies of scale in the sector (if a large market share has to be won to reach the breakeven point, this may make entry unlikely), and may be explained by cost advantages accumulated by the firms already present in the market (e.g., patents) or consumers' attachment to a brand or a technology. Finally, some regulations such as standards and certifications, or constraints related to the establishment of new businesses, could have the effect of erecting barriers that could make the hypothesis of new entries much less credible.

Apart from cases of unilateral conduct, the Autorité de la concurrence has outlined a market definition independently of merger control or enforcement actions and identified a dominant position within the framework of sector inquiries. In so doing, the Autorité did not qualify any practice and did not examine whether the individual actions of the players in question were liable to constitute an infringement. The goal of the Autorité was rather to analyse the operation of a market, identify categories of behaviour that could constitute an infringement and, where applicable, on this basis invite the players in question to comply with competition law. The analysis of the Autorité within this particular framework may nevertheless be usefully mentioned to illustrate how market definition and competition analysis have interacted in a complementary manner.

In its opinion on the online advertising market¹⁸, the Autorité has concluded as to the existence of a specific search-related online advertising market, a market in which Google had, at that time, a market share above 90%. And yet, the Autorité did not, solely on the basis of this observation, conclude that Google was indeed in a dominant position in this market. The Autorité analysed the context in which this high market share, which remained at a chronically high level, was obtained.

The Autorité noted in particular “that Google's cost-per-click prices are higher than those charged by the competing search engines, which could be accounted for by the fact that Google attracts more bidders given its central position in web user navigation” (§233). It also noted that, although “Google controls neither the volume of search-based ads that it offers nor the price fixed by bidding [which] could argue in favour of little market power, (...) Google is able to influence pricing in other ways (in particular the quality score). Finally, Google's market power is most liable to be exercised in its contractual relationships with advertisers” (§234 and developments of §235 to 248).

The Autorité also noted the existence of high barriers to entry, notably due to the high cost of setting up an efficient rival search engine, scale effects concerning the relevance of the results provided by the search engine (an algorithm whose efficiency increases with the number of requests, especially for the very specific and hence less common requests) and Google's lead with regard to the exhaustiveness of indexing. There were also barriers to entry in the search-related advertising business (apart from the difficulties of producing an efficient search engine). It is therefore this detailed analysis of Google's market power, and not simply the recognition of a very large market share, that led the Autorité to conclude as to Google's dominant position in the search-related advertising market.

Moreover, and it is no doubt at least as crucial, the importance of market definition should be put into perspective, because it is never the dominant position that is sanctioned, but the abuse of a dominant position. Now, the analysis of the practice at stake (i.e., the possible characterisation of an abuse) or, where applicable, potential exclusionary effects caused by it, provided that it is carried out properly, should make it possible to overcome the difficulties involved in market definition.

¹⁸

Opinion 10-A-29 of 14 December 2010 on the competitive operation of online advertising.

In the aforementioned opinion on online advertising, the Autorité, although it recognised that Google had a dominant position in the search-related online advertising market, gave a reminder that *“this dominant position is not, of course, reprehensible per se: it is the result of a tremendous effort in innovation, sustained by significant and ongoing investment. Only the abusive exploitation of such market power may be sanctioned.”* (§403).

Likewise, in its opinion concerning the competitive situation in convenience food retailing in Paris¹⁹, the Autorité recognised the existence of a dominant position of the Casino group that could limit competition in this market. But it also concluded that the concentration observed in the grocery retailing market in Paris is partly due to the investments made by the Casino group, which have enabled it to enlarge and improve its existing stores, and partly to the relative disinterest in the Paris market long shown by the competitors of this group, and that the success of the Casino group in Paris can therefore be attributed to its strategy and its own merits.

¹⁹ Opinion 12-A-01 mentioned above.

GERMANY

In most national economies it is generally acknowledged that in principle competition produces the best overall economic results. Competition leads to considerable benefits for the economy as a whole. All market players – producers, traders, service providers and, in particular consumers – benefit from price and cost reductions, improvements in quality, possibilities of choice or technical advancement. However, market power enjoyed by one or few companies can distort the competitive process and reduce the benefits consumers and society at large may gain from competition. Therefore, most jurisdictions have competition control regimes aimed at protecting society and consumers from potential harm caused by companies enjoying market power. Analysing market power and the negative competitive effects such market power may bring about can be a very complex and difficult task for competition authorities. The tools and methods used for this analysis are continuously evolving.

The roundtable will deal with recent discussions relating to the role and necessity of market definition as a first step in the analysis. The Bundeskartellamt considers suggestions to substitute market definition with other assessment tools as an interesting but somewhat artificial debate from both an economics and a legal point of view. An assessment of potential anti-competitive effects on the affected markets by using adequate and feasible methods can only be carried out within the framework of an overall assessment of all relevant factors while taking into account the time limits, resource and other constraints a competition authority faces.

This contribution is structured as follows: The first part describes the relevance of market power and market definition. In the second part, two cases of the Bundeskartellamt will be presented which concern types of markets that are often described as being less susceptible to the definition of a relevant market and the type of analysis conducted by the Bundeskartellamt. The possibilities to use assessment tools other than market definition will be discussed in the third part, and the fourth part provides a conclusion.

1. Relevance of market power and market definition

The legal criterion for prohibiting a merger under the German merger control regime is whether it will create or strengthen a dominant position, as stipulated in Section 36 (1) of the German Act against Restraints of Competition (ARC). Also Section 19 (1) ARC states: “The abusive exploitation of a dominant position by one or several undertakings is prohibited”. The enforcement of competition law in Germany therefore requires in many cases an assessment of „dominance“. The analysis undertaken by the Bundeskartellamt is therefore often divided into two steps: first, the definition of the relevant product, geographic and temporal markets and second, the assessment of dominance and the resulting anti-competitive effects on these markets.

Dominance exists if a company has no competitors or is not exposed to any substantial competition, or if it has a paramount market position in relation to its competitors (Section 19 (2) ARC). The term “dominance” can be associated with the concept of “market power” applied in economic theory. A company with market power faces comparatively few competitive constraints, i.e. they are not sufficient to ensure that rivalry disciplines its commercial behaviour.

Absolute and relative market shares are a widely accepted starting point for determining market power,¹ and often they are also the starting point for an analysis by the Bundeskartellamt.² In most markets, an enterprise's absolute market share is an important factor that allows for initial conclusions about its scope of action. High market shares suggest that the ability of the opposite side of the market to switch to other undertakings is limited and that the enterprise concerned has an increased scope of action. The greater the difference between an enterprise's market share and that of its largest competitor, and the more fragmented the market shares of its other competitors, the greater the likelihood that the market (share) leader has a scope for restrictive action.

According to the ICN Dominance/Substantial Market Power report 2008³, the vast majority of jurisdictions consider market shares in their assessment of dominance. When a relevant market can be defined with some accuracy, market shares provide an initial indicator of whether a firm has market power and the degree of such power. This first assessment can also act as an initial screening mechanism, allowing competition authorities to separate cases which are very unlikely to have anti-competitive effects from those where further analysis may be required. Such screening mechanisms are particularly relevant for proceedings with time limitations, such as first phase merger proceedings, where the Bundeskartellamt has to decide within one month after notification whether to clear the merger or to initiate second phase proceedings.

Consequently, market definition plays a crucial role in the assessment of market power in many jurisdictions. It is generally acknowledged, however, that market shares have to be placed in perspective by other factors when making an overall assessment of the relevant competition conditions and market power in a particular case. Other factors to consider include the market position and market behaviour of competitors, barriers to entry or expansion, competition by imperfect substitutes, buyer power, economies of scale and scope/network effects, access to upstream markets/vertical integration, durability of market power, market maturity/vitality, access to essential facilities and the financial resources of the firm and its competitors.

2. Market shares as a factor in the analysis of anti-competitive effects

It has been claimed that there are cases where the significance of market shares is only very limited or an unambiguous definition of the relevant market is not feasible. Amongst others, two-sided markets and markets with differentiated products have frequently been identified in the literature and practice as examples where the traditional approach to market definition and market power may not provide an adequate assessment. However, the Bundeskartellamt has been able to successfully assess also these types of markets using the well established methodology.

¹ In fact, this practice was considered to have sufficient international acceptance to be incorporated into the 2008 ICN Unilateral Conduct Working Group DOMINANCE/SUBSTANTIAL MARKET POWER ANALYSIS PURSUANT TO UNILATERAL CONDUCT LAWS Recommended Practices (available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf>). The recommendations on assessment criteria state: "Market shares of the firm under investigation and its existing competitors, including their development during the past years, should be used as an indication or starting point for the dominance/substantial market power analysis".

² Cf. the new Guidance on Substantive Merger Control (available at http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/20110721-Guidance_Merger_Control.pdf)

³ ICN Dominance/Substantial Market Power report (available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>)

2.1 *Two-sided markets*

The significance of market shares (for individual markets) can be limited in so-called platform markets or markets that are linked by indirect network effects (both are sometimes referred to as **two-sided markets**). In two-sided markets, a supplier acts as an intermediary between different customer groups. For instance, a newspaper publisher can demand higher prices from advertisers depending on the number of its readers. In such cases, prices and quantities in both markets are interdependent. Therefore, the competitive constraints for intermediaries or platform operators are influenced by the market conditions and the interrelation between the markets concerned. In such cases it is thus not sufficient to assess the market position in one of the markets only.

Despite the complexity of two-sided markets, the Bundeskartellamt has been able to analyse such markets using its well established method of an overall assessment of competitive effects. The *Intermedia/Health & Beauty* merger⁴, which concerned cosmetics trade magazines, can serve as an example here. The Bundeskartellamt analysed the effects of the merger with regard to two related markets: the reader market and the advertising market. Indirect network effects between both markets were particularly important for the analysis of competitive effects, as publishers maximise their profit by balancing distribution and advertising revenues. The optimal combination of both revenues depends on price elasticity of demand, marginal costs on both markets and the strength of network effects. The competitive pressure exerted by products outside the relevant market (in this case: competitive pressure exerted by the internet on the reader market) was taken into account as well.⁵ In addition to these factors and the market shares of the merging parties on the reader and advertising market, the closeness as well as the degree of competition, superior access to both reader and advertising markets (due to the parties being organisers of important trade fairs), superior financial resources, market saturation and barriers to entry (due to advantages an incumbent can enjoy on such two-sided markets), as well as potential competition were analysed and evaluated in the overall assessment. The proposed merger was prohibited due to the expected creation of a dominant position and the resulting negative effects on the competitive process.

2.2 *Differentiated products*

Similarly, when differentiated products are concerned, market shares do not provide a clear indication of the effects of a merger on the companies' market power either. In this context, closeness of competition plays a particularly important role. It facilitates the assessment whether significant restraints on a company's competitive behaviour are eliminated as a consequence of its merger with a competitor. These effects can be more or less important than the change in market shares alone would indicate.

An example from the Bundeskartellamt's case practice in this respect is the *EDEKA/Tengelmann* merger⁶ in the food retail sector, which was cleared with remedies. The Bundeskartellamt defined the

⁴ BKartA, decision of 29.8.2008, B6-52/08 – *Intermedia/Health & Beauty* (available at: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B6-52-08.pdf>)

⁵ Similarly, the Bundeskartellamt prohibited the joint venture between RTL interactive GmbH and Pro7Sat.1 Media AG for the creation and operation of an online video platform. As a result of the joint venture, so-called in-stream video advertising would have been dispersed via the newly created platform. Although the project would have chiefly affected the German TV advertising market, in-stream video advertising was considered the "closest substitute" to TV advertising from the perspective of advertisers, if not even as merging into the TV advertising market in the future. (See <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Fallberichte/B06-094-10-ENGLISH.pdf?navid=45>).

⁶ BKartA, decision of 30.06.2008, B2 333/07 *EDEKA/Tengelmann* (available at: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B2-333-07_Internet.pdf)

relevant product market as the food retail market, as it had also done in previous decisions. This market comprises both food and non-food products the consumer typically expects to be able to purchase in retail. According to the assessment of the Bundeskartellamt, the food retail market cannot be further subdivided into different distribution channels. The market therefore comprises warehouse supermarkets (large stores offering a large range of food products, particularly from manufacturers' brands), full-line stores (middle to large sized stores offering the same sort of products as warehouse supermarkets), hard-discounters (stores with only a very basic layout offering a limited range of almost exclusively store-branded products at very low prices) and soft-discounters (also stores with only a basic layout but offering a larger range of products and more manufacturers' brands). While these stores all belonged to the same market, the different degree of competitive pressure exerted between them was taken into account in the overall assessment. In particular, the Bundeskartellamt found that the degree of competition was intense between the merging parties with regard to the operated types of stores. Other large competitors were not active in comparable segments and their ability to exert competitive pressure on the merged entity was therefore limited. The Bundeskartellamt also analysed the effect of the merger on procurement (upstream) markets, which it considered highly relevant because the procurement costs are decisive for profitability in the food retail sector.

3. The role of other assessment tools

Whether market power analysis on the basis of market definition has to be substituted by a different approach in general is doubtful. The methodology of defining markets and assessing market power has been refined over decades and has not been shown to be generally inadequate. Moreover, other assessment tools suggested as alternatives have their own shortcomings and may not be adequate or efficient in every case. One such alternative discussed in the literature is the upward-pricing-pressure test (UPP-test). However, tests like the UPP-test seem more elaborate and potentially resource-intensive for an initial screening of cases. Such an initial screening is necessary, for example, in the first phase of merger control proceedings with regard to the potential negative effects on competition. Other tools may also require different data, which may not be as readily available as the information needed for an initial market power assessment. For example, diversion ratios required for the UPP-test or data on marginal costs may be extremely difficult to obtain.⁷ Insofar as assumptions or presumptions are used as proxies for missing data, alternative tests can be as crude a tool as the initial estimation of market power based on market shares.⁸ Moreover, it seems likely that other tests would, just like the assessment of market power on the basis of market shares, in the majority of the cases not be sufficient in themselves, as they may also be unable to capture all potential anti-competitive effects at the same time. Therefore, also these alternative tests would have to be used as one factor in a number of relevant factors for an overall assessment of anti-competitive effects.

⁷ Even identifying the relevant costs is often an additional burden on competition authorities, as accounting records typically do not correspond to, nor readily reveal, the measure of cost relevant for the economic analysis. Moreover, one method to estimate diversion ratios relies on market shares, which in turn would also require a market definition.

⁸ Farrell and Shapiro, for example, discuss a presumed default level of marginal cost efficiencies generated by the merger, which might be incorporated in the UPP-test. See Farrell and Shapiro: *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, 2010 (electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1313782>). However, empirical research on efficiencies generated by mergers and passing-on rates to consumers cautions against such assumptions, see Lars-Hendrik Röller, Johan Stennek and Frank Verboven: *Efficiency gains from mergers* (available at: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency_gains.pdf). The authors find no support for the general assumption that mergers create efficiencies. They conclude that merger control is necessary and efficiencies would need to be assessed on a case-by-case basis.

One may also argue that some alternative assessment tools will lead to legal uncertainty when compared to the market share approach. Companies are provided with an indication that there might be a competition law problem when they meet certain thresholds and they tend to have an idea of their market position (market shares) in the markets they operate in. They may also have a good idea of which competitors' products exert competitive pressure on them. If companies were required to apply other assessment tools, for example the UPP-test, when contemplating a merger, they would require information on prices and marginal costs concerning their competitor(s), as well as on diversion ratio(s). Some of the information needed for such a self-assessment may be considered confidential and the exchange even prohibited under competition law.

An additional problem may arise in court proceedings. The concept of market definition and how to establish market shares constitutes a widely accepted approach and courts have acquired large experience with it. Disputes therefore mainly concern the correct market definition, and not the validity of the concept itself. With other concepts and assessment tools, the question of whether a specific test could be applied to the specific case at hand would already be a matter of dispute. With the likely exchange of economic expert testimonies, court proceedings could become much more time consuming and costly. In the end, that could be to the detriment of consumers and society at large.

4. Conclusion

The Bundeskartellamt welcomes every opportunity to discuss and further complement its tools of assessment. With the envisaged introduction of the SIEC (significant impediment of competition) test into the German merger regime, in which the creation or strengthening of dominance will continue to be a main example, the legal context will slightly shift. The Bundeskartellamt expects that the overall assessment of competitive effects as currently conducted will be flexible enough to adapt to the new framework and to incorporate adequate tools and methods of analysis in accordance with the specific circumstances of the case at hand. To generally abandon the use of market definition for the sake of other analytical tools would, however, go beyond a useful improvement.

HUNGARY

1. Introduction

This submission deals with the experience of the GVH¹ in relation to the role that market definition plays in the analysis that is applied in competition enforcement. It focuses on unconventional market definitions. Relying on the questionnaire of the Secretariat, it describes the challenges the GVH encountered when defining relevant markets, and how these challenges made the analytical approach of the GVH more flexible in a manner which was consistent with the existing legal framework, as facilitated by legislative changes. It also discusses in which cases the complete elimination of market definition – as a next step – has seemed plausible in Hungary, either from an analytical perspective, or from a legal point of view.

2. Analytical aspects

2.1 Challenges

Various difficulties and controversies concerning market definition have gradually emerged in the practice of the GVH. First, sometimes the relevant market cannot be precisely defined as a consequence of the unavailability of sufficient data, or because of the required time, resources and skills are not available to the GVH, either in the particular case, or in general. This difficulty first emerged very early, and led to situations where market definition resulted in two or more alternative relevant markets which were more or less equally plausible.

Second, sometimes relevant markets cannot be defined in an “either or” way – which otherwise would be the logic of market definition – for reasons which are inherent to the characteristics of certain markets, and which make the boundaries of relevant markets “blurred”. Such situations became more visible to the GVH from the early 2000s when it had to deal with differentiated products and try to define geographic markets. Here, certain products belong to the relevant market “to some extent” instead of being clearly either “in” or “out” of it, due to the presence of various degrees of substitutability between products (as well as their suppliers) and combined effects.

A third complication is related to the potential redundancies between the concepts of market definition and that of the competitive effects in the analysis (or in the document describing the analysis). While such redundancies are rooted in the conceptual overlaps that exist between the two notions, they did not become visible until the GVH started to apply quantitative techniques in order to explore the competitive constraints which link them together. Using empirical methods in certain cases to identify what competitive pressure one product or supplier exercises on the other – such as diversion ratios, or bidding studies – could result in either relying on the same arguments and findings both in market definition and in identifying the competitive effects, or in the use of arguments in market definition which sound as though they are concerned with competitive effects, and vice versa. These redundancies require additional care, because they could lead to confusion as to where in the legal assessment such arguments and findings should be taken into account, and how these parts are related to each-other consistently. Such

¹ Gazdasági Versenyhivatal (GVH) – the Hungarian Competition Authority.

confusion – if it occurs – in turn may entail the risk of creating a bad impression on the soundness of the analysis and the integrity of the case.

2.2 *Impact on GVH analysis*

The responses of the GVH to the challenges described above have been based on the fundamental insight that market definition in the analysis is a means, not an objective. This was realised by the GVH very early, in the first half of the 1990s,² and was also heard at various international fora. The two basic types of solutions were “incomplete” market definition on the one hand, and making the role of the relevant market relative, on the other hand.

The most simple form of “incomplete” market definition is not to choose between candidate relevant markets when the choice does not matter for the purposes of the analysis, i.e. when the conclusion of the case would remain the same, either choice is acceptable. Often there are two candidates – a narrow and a broader market, depending on whether a product or group of products is part of it or not – but more options can also be dealt with in the same way. “Incomplete” market definition has been used in situations where an accurate market definition was impossible or too difficult for some reason, but could only be applied in cases where differences in market definition did not matter.

The GVH makes the role of the relevant market in the competition analysis more relative in two ways. First, it emphasises that the market shares are less relevant, or even that their relevance may be quite limited in differentiated product markets and in bidding markets. Second, in those situations, the GVH tends to use the terminology of “close/closer vs. weak/weaker” substitutes and competitors as a complement to traditional market definition (either it is a “precise” or an “incomplete” one).

The GVH relied on an “incomplete” market definition or attributed a more relative role to the relevant market, or did both, in a number of cases, mostly in bid rigging cases. Some of them will be discussed here in this paper.

2.3 *Abandoning the use of market definition in GVH analysis*

In theory, taking forward the logic behind the developments described above could lead to the disappearance of market definition in certain cases. This would be the case if the accuracy of market definition required for the analysis (i.e. to be able to decide on the case) was not only limited but zero, or if the market shares were not only less relevant, but totally irrelevant in identifying market power and competitive constraints. The terminology of “closer” and “weaker” competitors might be sufficiently intuitive and convincing not only to complement, but also to actually replace traditional market definition in such cases.

Nevertheless, to date, the complete elimination of market definition has not emerged as a serious option in the enforcement practice of the GVH. So far the current method of analysis has proved to be sufficiently flexible for dealing with the challenges that have arisen in relation to market definition. A large number of the cases dealt with by the GVH in its enforcement practice do not even require this amount of flexibility, and the “structural” approach offers a convenient method of analysis which might not be easily substituted.

Therefore it seems that the idea of replacing market definition could only be seriously raised in extreme cases, when defining the market it would not add any value to the analysis, or when, in fact it

² The GVH was established in 1990 by the first modern competition legislation (Act No LXXXVI of 1990 on the Prohibition of Unfair Market Practices).

would weaken it. Even in such a case, some sort of market definition, however vague it would be, could serve as a useful reality check when interpreting the results of methodological short cuts to effect.

3. Legal aspects

3.1 *The legal framework*

On the one hand, the Hungarian Competition Act³ does not include any explicit provision making market definition mandatory. On the other hand, however, the notion of relevant market is deeply embedded into the Hungarian competition legislation. According to the Competition Act, it is the relevant market where either the significant lessening of competition must happen, dominance must exist, or agreements must restrict competition, although this conceptual framework alone could allow for non-specified relevant markets. The Competition Act also identifies certain factors to be taken into account when defining the relevant market, although the phrasing does not imply that that market definition must always take place.

Moreover, market share thresholds – such as the *de minimis* rule – play an important role in Hungarian competition law (as well as in EU competition law, which in certain cases must be enforced by the GVH). The application of market share thresholds assumes that there is a relevant market, which has been defined.

This legal framework has allowed the GVH to increase analytical flexibility concerning market definition.

3.2 *Possible legal constraints of abandoning market definition*

It is not obvious whether the elimination of market definition in GVH proceedings would be compatible with the existing legal framework. As market thresholds may play a role in certain cases, it is unlikely that a general removal of market definition could be reconciled with the legislative status quo. However, it is another question if abandoning market definition in certain cases would be possible.

In some cases, market definition may be circumvented by first investigating the nature of the behaviour in question. If the behaviour is not abusive or restrictive, then the case may be closed without defining the relevant market. One could interpret this as a special situation where definitive findings on effect make market definition unnecessary. An alternative interpretation would be that this is merely about the sequence of analytical steps, rather than about a genuine removal of any of those steps.

Current rules prevent the phrase “relevant market” from being left out of any substantive analysis assessing conducts on the merit. Nevertheless, they allow analytical conclusions such as that a conduct or a merger was (or was not) anticompetitive “*on either of the two possible relevant markets*”, or “*on any of the plausible relevant markets*”. It is less clear however, that the formula of “*...on the relevant market whatever it is*”, would also be an option in cases where there are direct and conclusive findings about effect (on unspecified relevant markets). In other words, while “adequately incomplete” market definition is certainly legal, it has not yet been explored whether the “degree of adequate incompleteness” is limited by the rules.

³ Act No LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices.

3.3 Cases in GVH practice of unusual market definitions

As a consequence, carrying out an analysis on the merit without specifying what is the relevant market at all would be regarded as a very risky proposition, especially in cases where the GVH finds an infringement or blocks a merger. The lack of market definition would certainly trigger fierce attack from the party (or parties) and without thorough explanation it could significantly weaken the case before court.

In cases of public procurements, one of the obligations of the tender caller is that it has to specify the date until which applications can be submitted. After that date, it is quite clear to the tender caller how broad or narrow the circle of companies that could submit a bid, and therefore can be considered as competitors. The tender caller can identify these competitors, so there is no need for the usual method of market definition. We argue that the very goal of market definition is to identify what companies are present in a given market and how they can compete against each other. If these questions can be answered without the usual measure of product and geographical substitutability, then market definition can be abandoned. The influence of a company on the outcome of the public tender (market power) is proportional to the number of independent competitors also allowed to submit a bid. The measure of the market power has been indicated by the market share calculated on the basis of the number of bidding firms (50 % in case of two bidders, 33.3 % in case of three bidders, 25 % in case of four bidders, and so on.) These market shares can also be the basis of the assessment in the application of the *de minimis* rule. (The number of the relevant cases: Vj-138/2002, Vj-154/2002, Vj-27/2003)

Certain markets can be characterised by a few but highly paid contracts in a year having won in tenders, market shares fluctuate accordingly. A company can win more contracts in one year and less in the next. In case of a merger in this market, it would insufficient to look at only the market share in the year of the merger. Therefore, in markets like this the GVH

- calculated market shares on the basis of the factual and potential number of competitors (Vj-124/1999) or
- took a longer period of time (usually 5 years) and calculated the average factual market shares of the affected companies (Vj-103/2011.)

In certain retail markets, the market power of a company can be estimated on the basis of the average proportions of every product, similar in nature, regardless of whether they belong to the same product market or not. For example, in the assessment of the competitive effects of a joint purchasing agreement between two food stores, there were different kinds of foods which could be deemed different considering their role in consumption or in supply, therefore they surely belonged to different relevant markets. But considering that these two companies offer a wide but quite similar selection of foods, the market shares of every affected relevant markets cannot be significantly different from the average of these market shares, otherwise they would risk losing customers. Besides, the true market power of a food store can be estimated on the basis of its total, aggregate turnover. So, as a result, there is no need to calculate the market shares in every affected market, an average or aggregate approach can be used in the assessment. (Vj-81/2003)

A recent court decision perhaps gives reason to adopt a cautious attitude for using unconventional market definitions. In cartel cases, market definition tends to be considered as such that is not needed for substantiating the case. However in 2011, when reviewing a decision concerning a serial bid rigging conspiracy, the court found that the GVH had not defined the boundaries of the relevant market with sufficient accuracy to conclude that whether the individual bid riggings belonged to one single conduct and market, or that every tender should have been considered as a distinct market. The court therefore found that some of them, taken individually, could have not been subject to GVH scrutiny due to the expiration of the limitation period, as they took place more than 5 years before the case was launched. (Vj-130/2006).

IRELAND

1. Introduction

This submission has been prepared by the Irish Competition Authority (“the Authority”) for consideration at the OECD Competition Committee Roundtable on Market Definition on 14 June 2012. The Authority will discuss market definition with reference to three questions annexed to the Chairman’s letter of 6 April 2012.

It will be useful first to describe briefly the merger review process in Ireland. The Competition Act 2002 (“the Act”), as amended, establishes a two-phase merger review process. For an initial assessment (Phase 1), the Authority must make a determination that either:

- "in its opinion, the result of the merger or acquisition will not be to substantially lessen competition in markets for goods or services in the State and, accordingly, that the merger or acquisitions may be put into effect," i.e., cleared; or
- “that it intends to carry out an investigation under Section 22 in relation to the merger or acquisition.”, i.e., full (Phase 2) investigation.¹

The maximum time frame for a Phase 1 decision is one month from the “appropriate date”—that is, the date of the merger being notified to the Authority, or the date on which all responses to formal requests for information have been properly submitted.² However, in the event of the parties proposing remedies, the maximum time period is changed from one month to 45 days.

In the event of a Phase 2 investigation, the Authority, on completion of its investigation, must make a determination that the merger shall:

- “be put into effect,” i.e., cleared; or
- “not be put into effect,” i.e., blocked; or,
- “be put into effect subject to compliance with conditions specified by the Authority,” i.e., conditional clearance.³

¹ Section 21(2) of the Act.

² Section 19 of the Act. This time frame applies regardless of whether a merger meets the thresholds in section 18(1) of the Act, thus requiring mandatory notification, or a merger is voluntarily notified under section 18(3).

³ Section 22(3) of the Act. Consistent with Section 22(6) of the Act, a conditional determination includes an additional condition that the merger be put into effect within 12 months after making the determination.

Further, the Act specifies the grounds for any of the above decisions, namely:

“that the result of the merger or acquisition will or will not, as the case may be, be to substantially lessen competition in markets for goods or services in the State or, as appropriate, will not be to substantially lessen such competition if conditions so specified are complied with.”⁴

The maximum time frame for a Phase 2 decision is four months from the “appropriate date” irrespective of the proposals for remedies, i.e., there is no adjustment to the time frame in the event of proposals being presented by the parties during the course of the Phase 2 investigation

The questions listed in the Annex to the Chairman’s letter of 6 April 2012 are now addressed in turn below.

Question 1: While market definition is the standard approach in competition law, how can the recognised difficulties with the concept in certain markets be addressed?

In recent years, the Authority has focused on assessing the competitive impact of a merger rather than precisely defining the affected market(s) for each notified merger. If a merger clearly raises no competition concerns, it is often not necessary for the Authority precisely to define the relevant market(s). In contrast, in the cases where the Authority has found that a merger would substantially lessen competition, or that remedies are required to mitigate competition concerns, this has usually been done only through a process that included attention to market definition. Market definition has therefore been an important part of the Authority’s analysis where the Authority identifies a competition concern.

In each of the three mergers blocked by the Authority since the inception of the Irish Merger Review system in January 2003, relevant markets affected by the proposed transaction have been defined in the Authority’s written determinations (See M/04/032 – IBM/SBCS⁵; M/06/039 – Kingspan/Leanort;⁶ M/08/009 – Kerry/Breeo).⁷ In its determinations involving remedies, the Authority has also defined relevant markets affected by the proposed transactions. See, for example, M/05/024 – UGC/NTL;⁸ M/06/098 – Premier Foods/RHM;⁹ M/07/040 – Communicorp/SRH;¹⁰ M/09/013 – Metro/Herald AM.¹¹ However, in some of these decisions, in addition to considering the relevant market definition the Authority has also given important consideration to closeness of competition and to competitive realities.

⁴ Section 22(3) of the Act.

⁵ http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/m_04_032_p2d.pdf

⁶ http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/Final%20determination%20of%20the%20Competition%20Authority_Kingspan_Xtratherm_M06039.pdf

⁷ <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/M08009%20Kerry%20Breeo%20Determination%20Public.pdf>

⁸ http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/m_05_024_p1d.pdf

⁹ <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/Determination%20m06-098%20Premier-RHM.pdf>

¹⁰ <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/M-07-040.Communicorp-SRH.public.pdf>

¹¹ <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/M-09-013%20Phase%202%20Determination.public.pdf>

Question 2: What are the analytical tools that are capable of complementing or possibly substituting for market definition? What is their added value? Is it possible simultaneously to work with market definition and other concepts in an individual case?

When measuring the unilateral effects of a merger, the Authority has used various analytical tools to complement its market definition analysis. The Authority has used econometric analysis both to: (a) define the relevant market(s); (b) establish the closeness of competition between the merging parties' products; and (c) determine whether a merger is likely to raise SLC concerns, e.g., M/07/027 – Britvic/C&C,¹² M/08/011 - Heineken/Scottish & Newcastle,¹³ M/10/040 – Unilever/Alberto Culver.¹⁴ In a merger involving radio stations (M/07/040 – Communicorp/SRH), the Authority used Adscan data analysis to compute market shares based on the total minutes advertised on a particular radio station and establish closeness of competition between radio stations.¹⁵

The Authority uses diversion ratios in assessing the likely impact of a merger. Neither the Authority nor any notifying parties has yet applied Upward Pricing Pressure (UPP) measures in assessing a merger notified to the Authority. In most, if not all, cases, other types of qualitative evidence and other quantitative techniques have been adequate for the purpose of reaching a decision as to whether or not a merger “will or will not” substantially lessen competition. In the Irish context, it seems most likely that UPP will complement rather than fully replace market definition.

The Chairman’s letter notes the following: "Whether market definition, alternative methods or a combination of both is more appropriate in any given case is likely to depend on the specific circumstances such as, in particular, the market features and the availability of information." The Authority fully agrees that merger review is case specific and hence the choice of techniques and the depth of the analysis requires judgement and will vary from case to case. All techniques including market definition, UPP or anything else are means to the end of making a sound decision.

Question 3: Is market definition an essential component of competition law? To what extent can the concept be “surgically” extracted and replaced in the law? What are the legal and/or institutional prerequisites for moving away from a market definition based competition law? What would be the consequences?

Market definition has been an important component of Irish competition law. As noted above, the test set out in Sections 21 and 22 of the Act asks whether the Authority has concluded that the result of a proposed merger or acquisition “will not be to substantially lessen competition in markets for goods and services in the State.”¹⁶

The 2009 High Court Judgment *Rye Investments Limited v The Competition Authority* illustrates the potential importance of market definition in merger analysis in Ireland. This was the first, and to date the only, merger appeal in Ireland under the current merger review system. It is therefore noteworthy that one

¹² <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/M%2007%20027%20Britvic%20C&C%20Public.pdf>

¹³ <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/M08011%20Heineken-S&N%20Determination%20public.pdf>

¹⁴ <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/M10-040%20Unilever-Alberto%20Culver%20Determination.pdf>

¹⁵ Adscan data monitors the radio advertising activities of advertisers.

¹⁶ *Op. cit* note 4.

of the grounds for annulment of the Authority's determination was that the Court concluded that the Authority had erred in its definition of one (of three) relevant markets.¹⁷

Would new analytical tools increase the risk of arbitrary decisions? As noted above, the Authority has in the past used econometric analysis both to define the relevant market(s) and to establish the closeness of competition between the merging parties' products. The choice of analytical tools will vary from case to case. No individual analytical tool should be used in isolation to determine the competitive impact of a merger; rather, all available evidence (that is, quantitative and qualitative) should be considered before reaching any conclusions regarding the likely impact of a merger.

The Authority does have the level of expertise to apply alternative and complementary analytical tools as can be seen from its use of econometric analysis and other quantitative techniques in past merger reviews.

¹⁷ On 20 March 2008, the Authority was notified of the proposed acquisition by Rye Investments Limited, a subsidiary of Kerry Group plc ("Kerry"), of Breeo Foods Limited and Breeo Brands Limited. The Authority's Determination dated 28 August 2008 concluded that the proposed transaction would substantially lessen competition in the following three markets: a) The market for the production, distribution and supply of rashers in the State; b) The market for the production, distribution and supply of non-poultry cooked meats in the State; and, c) The market for the production, distribution and supply of processed cheese in the State (the market definition with which the Court disagreed) and d) the Authority's Determination to block the proposed acquisition was appealed by Kerry and overturned by the Irish High Court in its judgment of 19 March 2009. The case is on appeal to the Supreme Court.

ISRAEL

1. Preview

16. This contribution paper discusses the issue of Market Definition in the framework of merger review under Israeli Law. The focus of this paper will be the implementation of the hypothetical monopoly test (hereinafter "HMT") in merger review cases. The first section of this contribution outlines the statutory framework, the second demonstrates an economic analysis of the implementation of the HMT and the third section provides an example of market definition in a recent case that demonstrates the manner in which the Antitrust Tribunal in Israel closely follows the conventional HMT procedure in a differentiated product setting.

17. It is frequently suggested in Israeli case law that products which are close substitutes for one another are generally considered to be in the same relevant market. In this contribution we demonstrate why this assertion may not always be correct, but rather, that the market definition may, as we shall further detail, depend on the "starting point" of the examination of the relevant product market. In fact, standard analysis of market definition in mergers, when performed correctly, holds that there may be two products that are very close substitutes but should however not be considered to be in the same relevant market.

18. In this contribution we deal with an assessment of a horizontal merger in the market for financial printed press - a market with differentiated products and consumers who have heterogeneous preferences regarding the various characteristics of those products.

2. Statutory framework

19. According to the Israeli mergers regime the Director General of the IAA has the power to either approve proposed mergers (including approval subject to remedies), or block them. The substantive test determined by Israeli Law in order to evaluate the outcomes of a proposed merger is whether it presents reasonable likelihood of significant harm to competition or of harm to the public. The IAA's merger review normally involves the following stages: (1) relevant market definition; (2) identification of the competitors participating in the relevant market and assignment of respective market shares; (3) measurement of the market's level of concentration both pre and post-merger; (4) evaluation of the static competitive effects created by the merger, including analysis of excess capacity; (5) dynamic analysis, including assessment of the prospects of entry by new players into the market and expansion by incumbents; (6) evaluation of the efficiencies created by the merger, when relevant; and (7) consideration of the failing firm doctrine, when relevant.

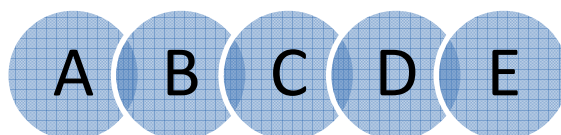
20. When defining a relevant market, the IAA finds that it is methodologically preferable to focus solely on demand substitution, which measures the willingness of consumers to switch to alternative products or regions in response to a price increase. Supply substitution, on the other hand, *i.e.* other firms' production or price responses to a price increase, is examined at later stages of the analysis. The IAA's demand substitution analysis ultimately results in a delineation of the product market and its geographic scope.

21. The HMT was adopted by the Antitrust Tribunal in Israel as a tool used for market definition in the case of *The Director General of the IAA v. Tnuva* in 1998.¹ The court explains that the HMT is based on a theoretical experiment in which a hypothetical profit maximizing monopolist is considered. The question is whether a monopolist which is the sole supplier of a product would profit from imposing a Small but Significant and Non-transitory Increase in Price (hereinafter “SSNIP”) for that good. If the price increase would likely cause buyers to switch their purchases to other products in sufficient quantity to render the price increase unprofitable, the postulated candidate market is not the relevant market, and the next best substitute is added to the candidate market. The analysis is then repeated by determining whether a hypothetical monopolist controlling the set of products in the expanded candidate market would profitably impose a SSNIP on at least one of those products. This process continues until the point at which the hypothetical monopolist would impose and sustain the price increase for at least one product of the merging parties in the candidate market. In general, the smallest set of products in which the price increase can be sustained (given demand reactions alone) is the relevant product market.

22. Even though market definition plays an important role in most merger cases, the IAA does not view the market definition process as an end in itself, but rather as an intermediary tool designed to detect market power (before and after the merger) when it cannot be measured directly. Thus, it might be the case where in certain merger examinations market definition would not be necessary.

3. Defining the relevant market

23. In Israel there are several large financial daily newspapers that provide the same service and differ from each other in a number of characteristics, and thus do not appeal to the exact same audiences. The degree of substitutability between newspapers changes because there are newspapers that are closer to each other by their characteristics and therefore overlap the audience for which they are aiming.



24. Consider a proposed merger between newspaper A and C. The first step when analyzing such potential merger is defining the relevant product market. This will be done by using the HMT. Based on this test we will examine consumer reaction to a SSNIP of newspaper A. As the analysis starts from newspaper A, a SSNIP will lead to an increase of price in newspaper A, so that the demand for newspaper B, A's closest substitute, will increase. In addition, due to consumer heterogeneity, we can assume further that the demand for newspaper C will also increase, although it is not the closest substitute to newspaper A, and so on.²

25. Suppose further that the number of consumers that will switch to newspapers D & E is insignificant, and that the production cost structure of products A and C has no meaningful economies of scope. The test results indicate that the relevant product market when starting the analysis from newspaper A, which is at one end of the scale of products, will include newspapers A, B and probably C. These three newspapers constitute the smallest group of financial daily newspapers which would enable one who controlled them all to profit from the increase in price of at least one of them (A in this case). Moreover, this analysis shows that although newspaper C and newspaper D are the closest substitutes for one another, for the purpose of this analysis (a merger between A and C) they are not in the same market.

¹ CA 2247/95 *The Director General of the AA v. Tnuva* [1998] IsrSC 52(5), 231.

² Note that overlapping space is in fact multidimensional, not uni-dimensional as portrayed above.

26. This example illustrates that there may be two products that are close substitutes, yet may not be in the same relevant market for a given merger. It should be noted that when the analysis starts from newspaper C, the result would have been quite different; newspaper C and newspaper D, which are close substitutes for one another, would have been defined as being in the same relevant product market. In other words, the analysis results depend on the "starting point" of the examination of the relevant market. This illustrates the importance of conducting the HMT for each of the products supplied by the merging firms.

4. Case study

27. In August 2010 the Antitrust Tribunal was required to reconsider the settlement agreement reached by a publisher of a financial daily newspaper ("Globes") and the IAA. The settlement agreement involved a merger between the publisher and a publisher of a second publisher of a daily newspaper and a financial daily newspaper ("Yedioth Acharonot" and "Calcalist" respectively). The Director General of the IAA opposed the merger claiming that the proposed transaction presents reasonable likelihood of significant harm to competition. In its decision, the Antitrust Tribunal stated that in order to assess the lessening of competition it is necessary to first define the relevant market.

28. The review process by the IAA (that was later adopted by the Tribunal) showed that there were several types of financial daily newspapers available in the market, with various prices, and that demand was highly heterogeneous. The question that was examined was whether the readers of a financial daily newspaper would switch to another financial daily newspaper in a response to a SSNIP.

29. The Tribunal analysis of the relevant product market started from examining a SSNIP in product A. The tribunal considered a SSNIP test in a two sided market; the market for printed press, in which the consumers are the readers of the newspaper as a source of information; and the market for advertising, in which the consumers are businesses that advertise in newspapers in order to promote sales.

30. As for the market for printed press readership, the Tribunal reached the conclusion that a hypothetical monopolist that had control over products A, B and C could maintain a profitable increase in price without causing the buyers of these products to switch their purchases to product D (the closest substitute for product C). The applicant argued, *inter alia*, that there were alternatives to these newspapers – including financial sections of daily newspapers as well as internet websites which publish financial data. The Tribunal was willing to accept the applicant's argument that products C and D compete against each other, but ruled that this competition does not make product D part of the relevant product market due to the fact that there is no direct competition between the product in question (product A and product D). Therefore, the HMT's starting point (*i.e.* the first product to which the HMT is applied to) may greatly influence the test's outcome and the relevant market definition.

31. In regard to the market for newspaper advertising the tribunal determined that a SSNIP (of 10%) in product A will lead to a shift of advertisers to substitutes B and C, but will not sufficiently affect product D.

32. The analysis showed that the relevant market contains three financial daily newspapers that are close substitutes to one another. All three newspapers fundamentally provide the same service: they provide financial information, they are printed daily, and all three "target" a similar audience of business people, who are characterized by advertisers as being mainly male and an affluent.

5. Conclusion

33. In this contribution paper we have shown the importance of implementing the HMT correctly. In order to define the relevant product market it is important to find only the smallest set of products in which a profitable price for at least one product increase may be sustained. As we have argued, proper implementation of the HMT may lead to a result where two products may, despite their being close substitutes for one another, be considered as part of different relevant markets for the purpose of the assessment of a specific case.

34. The second point we have discussed is the importance of the "starting point" of the HMT. As we have shown above, different starting points may lead to a different market definition.

JAPAN

1. Introduction

In Japan, when enterprises argue against the violation of the prohibition on the unreasonable restraint of trade, they usually dispute how the market is defined. In addition, enterprises sometimes dispute the “relevant products or services” (basis of calculation of surcharge payment amount which is ordered to be paid) when the JFTC issues surcharge payment orders against enterprises whose activities are found to be unreasonably restraining trade. Although the definition of “category of subject products” is the different concept from market definition (definition of particular field of trade), factors considered in defining market are used in the definition of “category of products which are subject to violations (hereinafter referred as “subject products”)” in the decision on “relevant products or services”.

In this written contribution, with a particular focus on unreasonable restraint of trade, we will describe how market definition functions in finding unreasonable restraint of trade, and how we define “category of the subject products” in decisions on “relevant products or services”.

2. How market definition functions in finding unreasonable restraint of trade

Unreasonable restraint of trade is an enterprise’s activity which substantially restrains competition in that particular field of trade through mutually restricting business in concert with other enterprises by contracts, agreements or any other means irrespective of its name (Article 2, Paragraph 6 of the Antimonopoly Act). In Japan, “market definition” means defining the “particular field of trade”.

The basic idea of defining the “particular field of trade” was shown in the two cases of unreasonable restraint of trade, which will be introduced below.

2.1 *Asahi Ko-matsu case (Tokyo high court decision on June 13, 1986)*

2.1.1 *Overview of the case*

The enterprises including the plaintiff implemented the cartel which restrained limestone supply in the Tamura district. The JFTC issued cease and desist order against them by the hearing decision. In response to this order, the plaintiff filed suit to rescind the hearing decision. The plaintiff claimed some mistakes included in the JFTC’s findings which determined the limestone market as a single field of trade although the limestone was used in different ways.

2.1.2 *The plaintiff’s claim*

The limestone supply to cement manufacturers is different to that to powder cement manufacturers because they are traded differently. Therefore, they respectively compose different fields of trade.

2.1.3 *Decision by the court*

The “particular field of trade” which is stipulated in Article 2 Paragraph 6 of the Antimonopoly Act means the extent to which substantial restraint of competition is brought down by a particular activity. This

extent should be relatively defined depending on the specific behaviour, object of trade, or where and how trade was conducted.

The limestone which is mined in the Tamura District is supplied and demanded not only for manufacturing limestone powder but for manufacturing cement. The cartelists, including the plaintiff, have the capacity to supply limestone in terms of the amount of limestone they have. Therefore, the anticompetitive effect is supposed to be brought on the overall supply and demand of limestone, which is used in both ways described above in the Tamura district, when the limestone supply destination by the cartelists is restrained. Based on these facts, there are no irrational points in the JFTC's findings.

2.2 *Criminal bid-rigging case for the seal ordered by social insurance agency (Tokyo High Court decision, December 14, 1993)*

2.2.1 Overview of the case

Four companies including the defendant had implemented the coordination of those who would successfully receive orders of the seals on advice of payment letters (hereinafter referred to as the "seals") by the Social Insurance Agency (here in after referred to as the "SIA"). They were indicted by the prosecutors because their bid-rigging fell under unfair trade restraint (Article 89 Paragraph 1 Item 1 of the Antimonopoly Act).

2.2.2 The defendant's claim

The "particular field of trade" in this case should be defined as the field where the enterprises made successful bids for the seals and received the orders from the SIA. However, in this series of biddings for seals, the defendant was not selected as a nominated enterprise by the SIA. Therefore, the defendant is not "the enterprise" in the field of trade described above.

2.2.3 Decision by the court

Based on the judgment in the Asahi Ko-matsu case with respect to the definition of "particular field of trade" in general, Tokyo High Court rejected the defendant's claim. The detail of the judgment will be introduced as follows.

Focusing on its stages of trade, the object of the agreement in this case can be classified into the following fields:

- Field A: The enterprises which win the bids and receive the orders from the SIA and their order price
- Field B: The enterprises which receive the orders from the successful bidders¹ ("intermediary enterprises") and their order price

Although the defendant was not selected as a nominated enterprise by the SIA, it participated in the bid-rigging and the agreement. Given this fact, bid-rigging in the field A could not be effected without giving the defendant a chance to get the benefit as an intermediary enterprise. In addition, in order to equate the benefits among the enterprises involved in the agreement, it is necessary to control how much the successful bidders pay for the intermediary enterprises (how much the intermediary enterprises charge the successful bidders). Therefore, the agreements regarding the fields A and B have been formulated as an integrated one.

¹ They did not actually print and manufacture the seals, but acted as intermediaries between the enterprises which were the successful bidders and those which manufacture materials for the seals.

Based on these facts, a series of trades from the SIA to intermediary enterprises, which includes receiving orders and selling, is the object of the agreement and the extent where the competition would be restrained by this agreement. Therefore, these trades should be understood as the “particular field of trade” in this case.

3. How to define the “Category of subject products” in the decision on “Relevant products or services” in the surcharge payment order against cartelist

Factors considered in defining market are also used in the definition of “category of subject products” in the decision on “relevant products or services” which are basis for calculating surcharge payment amounts against cartelists.

3.1 *The “relevant products or services” and the definition of the “category of subject products”*

The cartelist that implemented a price cartel is to be ordered to pay a surcharge by a surcharge payment order. The amount of the surcharge is to be calculated based on the sales amount of “relevant products or services” (Article7 Paragraph2 Item1).

Regarding the definition of “category of subject products” in the decision on “relevant products or services”, the JFTC decided as follows in the hearing decision of Tokyo Radio Taxi Co-Operative Association (October 11, 1999).

Given the property of the case of price cartels, the “relevant products” can be interpreted as follows.

Where there is a violation which substantially restrains competition in the particular field of trade, “relevant products” are the products that have been subject to the restraint caused by the violation, which is included in the category of the subject products.

The “category of the subject products”, according to the content of the violation, should be defined depending on the type of product, trading area, stage of trade, and trading partner.

3.2 *Exclusion from the category of subject products*

The products which belong to the category of subject products of the cartel are presumed as the “relevant products or services”, unless the following type of specific facts are shown by the cartelists.

- i) Cartelists excluded the products from the subject of the cartel intentionally.
- ii) The product has been typically excluded from the object of the restraint by the cartel with rational reason that can be regarded as equal to fact i).
 - The elements considered in defining market, such as the type of product, trading partner or substitutability of the product are used for deciding whether there is a “specific fact” or not(see the Annex 1).

In this case, the JFTC does not have to verify the following facts.

- Whether the product belonging to the category of subject products of the cartel was actually the subject of the agreement.
- Whether the price of the product was actually increased.

On the other hand, the enterprises which intend to dispute the extent of the “relevant products or services” have to claim and verify the “specific fact”.

ANNEX 1. CASES WHERE THE “RELEVANT PRODUCTS” WERE DISPUTED

1. **Can special products be the “relevant products”? (Hearing decision against Toshiba Chemical Corporation [August 5, 1996])**

1.1 *Overview of the case*

The JFTC issued a surcharge payment order against the respondent because they had implemented a price cartel over paper phenol copper clad laminates (hereinafter referred to as the “paper phenol CCLs”). In response to this order, the respondent requested a hearing. In their request, the respondent claimed that part of paper phenol CCLs should not be the basis for calculating the amount of a surcharge payment because they were not “relevant products” in terms of their specialty. Based on their request, the hearing was initiated.

1.2 *The respondent’s claim*

The prices of the special paper phenol CCLs are high, which is due to their specialty. In addition, they lack general marketability because of their limited trading partners. Therefore, the sales amount of the special paper phenol CCLs should be excluded from the basis for calculating the surcharge payment amount in this case.

1.3 *Decision by the JFTC*

The JFTC decided that there are special reasons to exclude the special paper phenol CCLs from the subject products based on the following facts concerning the special paper phenol CCLs:

The respondent had no choice but to set the price of special paper phenol CCLs higher than that of standard products. Therefore, they couldn’t set the price of special paper phenol CCLs using surface ratio, etc. based on the price of the standard products.

Special paper phenol CCLs were priced respectively, and limited number of clients had traded with the respondent. Therefore, these products did not compete with or substitute other standard products, etc.

Consequently, the JFTC excluded special paper phenol CCLs from the basis for calculating the surcharge payment amount.

2. **Can new products sold after the violation be “relevant products”? (Hearing decision case by Chugoku Marine Paints, Ltd. [February 24, 1996])**

2.1 *Overview of the case*

The JFTC issued a surcharge payment order against the respondent because they had implemented a price cartel over marine vessel paints. In response to this order, the respondent requested a hearing. In their request, the respondent claimed as follows: the new product was not the “relevant product” and should not be the basis for calculating the surcharge payment amount because the respondent had started to sell it after the cartel formation. Based on their request, the hearing was initiated.

2.2 *The respondent's claim*

The respondent started to sell the new paints for marine vessels after the cartel implementation. This new product enabled a significant cut down in painting costs by a special function which other similar products don't have. The new product is not subject to the violation and not a "relevant product" because it does not compete with similar products for the same uses.

2.3 *Decision by the JFTC*

The JFTC decided that the new product was a "relevant goods", rejecting the respondent's claim based on the following facts regarding the product:

- The new product belonged to the category of "paints for marine vessels etc." which was subject to the violation.
- The new product had substitutability with typical subject products.
- The new product competed with existing products that are similar in their uses.
- There was no specific fact that, explicitly or implicitly, the respondent intentionally excluded the new product from the subject products.

KOREA

1. Introduction

1.1 *Monopoly regulation and Fair Trade Act and market definition*

The Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) of Korea defines the relevant market as a group of products/geographic areas in which a majority of buyers can switch purchase to another if one of the products or markets undergoes a small but significant and nontransitory increase in price (SSNIP)¹. The idea serves as the foundation for assessing anti-competitiveness of corporate mergers, abuse of market dominance, unfair trade practices, etc.

Market definition in the MRFTA, indeed, functions as a basic prerequisite for every anti-competitiveness assessment in Korea. It is because, in order to measure anti-competitiveness in market dominance abuse, mergers, cartels, etc., the first thing to do is to identify a proper range of affected products and areas wherein relevant kind of competition has taken place.

1.2 *Court's view on market definition*

The first court case on MRFTA in Korea that raised issue with market definition was a proposed merger between Korea's traditional soju (liquor) manufacturers -Moohak and Daesun in 2004. The plaintiff - merging parties- argued to expand relevant markets, citing the cross elasticity of demand they calculated by using sales data². Whereas the defendant, the KFTC, made a case to keep the relevant market range as it was after carrying out the critical loss analysis through surveys on consumer purchase switch. The court found that the economic analysis presented as evidence by the plaintiff was not done in line with the market definition criteria in the MRFTA or the hypothetical monopolist test. So the court dismissed the plaintiff's argument.³

In another ruling on a proposed merger between Wal-Mart and Emart in 2008, the court said that the hypothetical monopolist test was the desirable basis for market definition but if it was difficult to pursue it or the outcome of economic analysis failed to properly show the reality, market definition should be done in consideration of broad and diverse factors⁴. This ruling can be interpreted that the court acknowledged the possibility of using other supplementary means in defining relevant markets when the hypothetical

¹ Korea's MRFTA stipulated the hypothetical monopolist test in its definition on relevant market. This is also endorsed by the Supreme Court.

² Korea has soju manufacturers in each province. Their sales turnover is mostly from each corresponding region. Moohak and Daesun operate in Busan and Gyeongnam area respectively. Their cross elasticity of demand was measured and the result showed that Jinro, a nationwide soju supplier, played a great role in providing substitutable products. So they claimed to expand the market from Busan and Gyeongnam market to nationwide markets.

³ Seoul High court 2003누2252.

⁴ Seoul High Court 2006누30036.

monopolist test alone, though it is a fundamental tool for economic analysis, is insufficient to give reliable market definition.

1.3 Discussion on analytical alternatives

During recent several years, however, anti-competitive behaviors have increased in areas where the traditional way of market definition became tricky such as the import automobile market with highly differentiated products(e.g. the imported automobile market), two-sided market(e.g. the online portal market), and market with rapid technological innovation(e.g. the broadcasting and communication market). Such markets cannot be fully covered by conventional methods, thus inviting more talks on how to develop a new market defining scheme or an analytical alternative to market definition itself instead.

Responding to such trends, the Korea Fair Trade Commission has worked to bring in some alternative techniques that can complement existing methods such as the upward pricing pressure (UPP), the merger simulation, etc.

2. Market definition in various markets

2.1 Market definition in differentiated product market

2.1.1 Difficulties in market definition of differentiated-product markets

Differentiated goods have their own brand-specific uniqueness. So, even if the price changes, buyers are less likely to substitute to other brands than they do in the case of homogeneous goods market. In such a case where products are unique and neither perfectly substitutable nor unsubstitutable, the problem is to which extent of products we should recognize as the relevant market. If the relevant market is defined as the whole market of the industry, the level of concentration could be understated, causing a false negative error. On the contrary, if the brand in question solely is viewed as the relevant market, it would exclude brand-to-brand competition, leading to a false positive error which overstates monopolistic power.

- Example: Unlawful concerted behaviors by Import Car Dealers (2008)

Outline: Dealers selling BMW and Lexus cars have colluded not to cut prices since 2004 for the BMW dealers and 2006 for Lexus dealers to increase their profits.

Market definition: The KFTC separated each brand name and defined the domestic BMW car sales market and the domestic Lexus car sales market as two different markets. Reasons for this, the Commission cited, were the facts that (1) imported cars were highly distinguishable from each other in terms of quality, design, brand image, etc. in Korea on which consumers have clear preference over the others, indicating low substitutability, (2) agreement was effective among the dealers within their own brand only, and (3) the collusion only affected the selling price of that specific company cars.

Anti-competitiveness review & remedies: If relevant markets are defined according to each brand name, the collusion-participating dealers account for almost 100% of the market share. In this situation, if the dealers conspired against price cut, this would dampen price competition between themselves and cost consumers an opportunity to buy imported cars at a cheaper price. The KFTC ordered to stop such a concerted behavior and imposed surcharges on the exclusive importers involved.⁵

⁵ KFTC Resolution No. 2008-324

The Supreme Court decision: The Supreme Court of Korea found that such a market definition exercise was unacceptable because relevant markets were delineated later, only after identifying which areas were affected by the collusion first. In principle, the relevant market must be defined first, and based on that, anti-competitiveness should be assessed. It recognized as the relevant market, markets for import cars and domestic high-end cars that are substitutable for BMW and Lexus cars.⁶

2.2 *Market definition in two-sided markets*

2.2.1 *Difficulties of market definition in two-sided markets*

A two-sided market refers to a market having a two-sided platform that connects two different groups of consumers in need of each other so that they can reach a deal. A main reason why market definition of two-sided markets is tricky is that, unlike other product markets, the two-sided markets are multi-layered so it is uneasy whether to regard them all as one single relevant market or to separate each layer and let every layer be a market itself.

Plus, the feedback effect in this market disturbs proper application of ordinary methods like the SSNIP test or the critical loss analysis as they are. The feedback effect refers to the phenomena that if price rises in one side of a market, then its demand will fall, and this generates the cross network effect that will cut the demand in another side and this, in turn, causes further decrease in demand. If such a feedback effect is not properly taken into consideration, relevant markets may be defined too narrowly.

- Case Example: Proposed merger between Interpark, Gmarket, eBay and Auction

Outline: E-Bay, the acquiring firm; Auction, its affiliate in Korea; Interpark and Gmarket, the acquired firms, are all engaged in online marketplace⁷ providing services. In the internet-based open market, there are two distinguished groups of customers - those who sell goods by registering them on the web and those who buy such posted goods. As the number of sellers rises, so does the kind of products as well as market competition which lowers the price. This will, ultimately increase consumers' utility. And with the rising number of consumers, product saleability will go up together from the seller's point of view, elevating sellers' utility as well. Since the indirect network externality clearly exists in the online open market, it can be said that the open market shows two-sided market feature.

Market definition: The KFTC separated the buyer side and seller side to define the relevant market in consideration that the internet-based open market operators run their business by dealing with two different partner groups – consumers and sellers-separately⁸, and that the influence of the merger is different over the trading partners.

⁶ Supreme Court Precedent 2010^㉜11757, Supreme Court Precedent 2010^㉜18703.

⁷ Online market places are divided into the internet-based open market and the internet-based shopping mall. The former refers to a free marketplace on the web where products are openly sold and bought through the internet. In this place, anyone can be a seller without much complicated processes if he/she pays a small amount of fees. In this online open market, sellers themselves post products for buyers to choose as they wish.

⁸ Operators in the open market try to invite as many sellers as possible to see price competition among sellers and provide more diversified goods. They also try to offer more convenient purchase services for consumers so that more people come to their place to buy.

In defining the relevant market of each side, demand substitutability is used as the baseline. On the consumer side, online shopping malls were included in the relevant market since consumers do not distinguish open markets from web-based shopping malls when shopping online, and they can easily switch purchase between the two spaces. Whereas, on the seller side, only open markets were recognized as the relevant market. Because when sellers try to switch sales space from an open market to online shopping mall, they should undergo a strict entry review by a merchandiser and this worked as a structural entry barrier to online shopping mall. Plus, the two places apply different fees, payment procedures, etc., thus indicating only weak substitutability.

Since neither the SSNIP test nor the critical loss analysis was used in this case, there was no need to consider the feedback effect.

Anti-competitiveness review & remedies: The KFTC viewed that the proposed merger deal, if completed, would have insignificant impact against competition on the consumer side but the merging parties would be highly likely to form market power and try to abuse it on the sellers side. However, considering that market structure is changing dynamically as many firms enter and exit the online open market business, the Commission also considered the fact that market competition structure was changing dynamically as proved by many enterprisers moving in or out of the online open markets. Based on this understanding, the Commission approved the proposed deal and offered only behavioral remedies such as ban on sales fee increase for 3 years instead of a structural remedy.⁹

2.3 *Market definition in R&D-active market*

2.3.1 *Difficulties of market definition in R&D-active market*

Similar to the IT industry, any industry with active R&D efforts sees dynamic competition structure with frequent appearing and disappearing of new products and existing products. Fast innovations complicate supply substitutability assessment and cause main competitive pressure generated by not just the existing firms but potential competitors as well. These all confuse market definition process.

Market definition in such areas is growing more complicated with recent trends such as the recent union of broadcasting and communication technology, and digital convergence wherein cell phones, tablet PCs, and other digital devices add more and more diverse functions.

- Case example: Proposed merger between Digital Media Net and Gyeonggi-Dongbu Broadcasting (2010)

Outline: The Digital Media Net, the acquiring company, is a cable provider and operator who has multiplex transmission facilities and network facilities and lends them to cable television operators. The C&M is its affiliate who is a multiple system operator (MSO) in many areas including the east part of the Gyeonggi Province. The Gyeonggi-Dongbu Broadcasting, the acquired company, is a system operator (SO) in the eastern part of the Gyeonggi Province, similar to the C&M.

The structure of Korea's broadcasting industry is very complicated. There are cable television, satellite broadcasting, and Internet Protocol Television (IPTV)¹⁰ and each of their transmission methods is divided into analogue and digital.

⁹ KFTC Resolution No. 2009-146.

¹⁰ IPTV refers to a type of broadcasting that provides users with real-time television programs along with diverse data, video, voice, sound and electronic commerce contents through television sets, etc. while

In addition, the Korea Communications Commission regulates broadcasters in various ways in the country. As for the cable television, the whole country is divided into 77 broadcasting areas and regional monopoly¹¹ is allowed in each area. One satellite broadcaster is permitted to monopolize the whole national satellite broadcasting market. In the IPTV area, operators should gain the Korea Communications Commission's approval in advance to launch an IPTV business.

Market definition: The KFTC identified both the analogue and digital broadcasting areas as the relevant market. It is true, of course, that analogue cable broadcasting and digital cable broadcasting have different consumer motivation for subscription and preference, so subscription switching between them is hardly expected even with 5% price increase.¹² But as digitalization of broadcasting method is on the way¹³ and digital TVs penetrate wider, digital cable broadcasting is expected to rival analogue cable broadcasting ultimately.

The Commission also recognized satellite broadcasting and IPTV -a new market entrant- as part of the relevant market. IPTV provides services in a different way from other media but most of the consumers who newly subscribe for IPTV tend to cancel the broadcasting services they had before. This means there exists demand substitutability among cable television, satellite broadcasting and IPTV. Consequently, it was viewed they competed each other in the same market.

Anti-competitiveness review & remedies: The Commission found the involved firms, if merged, would obtain almost a monopolistic position in the multi-channel subscription-based broadcasting market in the eastern Gyeonggi Province. Then, they would highly likely to cause anti-competitive effect such as an increase in television license fees to a level similar to that of a monopolized region¹⁴ or reduction of the number of service channels. The Commission, however, also considered broadcasting environment dynamism such as the fact that the Korea Communications Commission allowed regional monopoly and future wider penetration of IPTVs which was run by large communication operators. These all aspects led the Commission offer behavioral remedies only that included ban on raising licence fees and reducing the number of service channels.¹⁵

2.4. *Vertically Integrated firm & market definition*

2.4.1 *Difficulties in defining market with vertically integrated firm*

A vertically integrated firm refers to a company engaged in two or more production phases linked with each other vertically such as raw material manufacturing and finished product making, manufacturing and

ensuring certain quality services in the Internet Protocol manner that uses broadband integrated service digital network, etc. IPTV is a kind of digital convergence in that it is the combination of the internet and television.

¹¹ The reason for allowing such a monopoly is to help prevent communication operators from gaining poor profits and being kicked out of the market due to inefficient behaviors such as double investment in transmission network and excessive price competition.

¹² KFTC analysis found that if analogue cable broadcasting fee goes up, only 7% of the surveyed said they would switch to digital cable broadcasting.

¹³ The Korean government established the to lead the transfer to digital broadcasting. On December 31, 2012, terrestrial broadcasting of the country will be entirely changed to digital.

¹⁴ Empirical analysis found that monopolized broadcasting markets had 7.2%p~14.4%p more low-cost products than competitive markets. And they had fewer consumer-preferred channels.

¹⁵ KFTC Resolution No. 2010-054.

distribution, etc. If such a company exists in a market, it could be tricky whether to include both its upstream market and downstream market in the relevant market or just to take a directly affected market only.

- Case Example: Proposed Merger between Hyundai Motor Company & Hyundai Autonet (2005)

Outline: Hyundai Motor Company, the acquiring firm, is a vertically integrated company operating in the automobile and auto parts manufacturing industries. It purchased Hyundai Autonet which manufactured auto multimedia units and auto electromagnetic control unit and supplied them to finished car makers like Hyundai Motor Company.

Market definition: To define the relevant market, the KFTC separated the downstream market - the finished car market- and the upstream market -the auto multimedia market and the auto electromagnetic control market, etc. The Commission considered the impact of dominance in each market on the forward or backward markets in assessing anti-competitiveness.

Anti-competitiveness review & remedies: The KFTC decided there exists foreclosure effect¹⁶ in the auto parts supply occurring between auto parts companies and the finished car makers. Because Hyundai Motor Company¹⁷ is a dominant firm in Korea's finished car market and if the company gives a privilege to its affiliated auto part firms, non-affiliated firms would face extreme difficulty finding other clients. In line with this, the KFTC gave behavioral remedies including prohibition of Hyundai Motor Company favorably treating its affiliates over non-affiliates.¹⁸

3. Application of alternative techniques: Merger simulation

3.1 Main idea

The merger simulation is a method to anticipate post-merger market conditions such as price increase and supply reduction based on pre-merger situations analyzed from actual corporate database. Market definition is not necessary in merger simulation. Instead, the method looks into demand, supply and equilibrium aspects of the market such as the elasticity of demand, marginal cost, price and production output.

3.2 Strong points & area of application

Some critics say typical corporate merger review based on market share does not properly reflect the substitutability among products, plus how market share changes are related to actual market dominance changes and what kind of changes they bring to the social welfare.

The merger simulation can compensate such problems. The mechanism finds out the cross elasticity of demand which shows product substitutability in order to reasonably estimate possible post-merger price increase. Under the method, market definition and its many controversial aspects could be bypassed. The merger simulation is useful, in particular, for merger reviews involving differentiated products because it provides direct calculation of involved products' price changes and their impacts to social welfare.

¹⁶ Foreclosure effect in auto parts supply means that a customer of car parts favorably treats supply from its affiliates, blocking non-affiliated firms' market access in violation of competition.

Some critics say such a foreclosure effect is irrelevant to consumer welfare (and protects competitors rather than competition itself). The KFTC, however, is still applying this idea.

¹⁷ In Korea's finished car market, Hyundai Motor Company accounts for 77.6% when measured by the number of cars produced. (as of December 2004).

¹⁸ KFTC Resolution No. 2005-231.

3.3 *Case examples: Proposed BHPB-Rio Tinto joint venture (2010)*

Rio Tinto and BHP Billiton are the world's No. 2, and 3 iron ore suppliers respectively, in terms of sea-borne ore amount. The two firms announced a plan to establish Western Australia Iron Ore Production Joint Venture under 50:50 shareholding by each on December 5, 2009. The proposed venture company would combine the two merging parties' iron ore production units in Pilbara, Australia.

The KFTC carried out the merger simulation in various scenarios changing the price elasticity of demand and the elasticity of supply. As a result, the proposed merger was found to possibly increase 17%~83% of the fine ore price, and 0%~105% of the lump ore¹⁹ price.

Accordingly, the Commission recognized the deal as highly anti-competitive. After being informed as such, the involved firms withdrew their proposed deal and the case was closed.

3.4 *Possibility to do market concentration analysis simultaneously*

In addition to the merger simulation, the Commission also analyzed the case by using market concentration indices. Such market concentration analysis, too, found similar outcome to the merger simulation, showing both fine and lump ore markets would be highly concentrated.

In case that market definition is controversial or the market concentration measurement could hardly give a practical picture of competition, the merger simulation scheme may present more valid outcomes. On the contrary, if demand function or cost function is hard to estimate or the merger simulation results are not robust enough, the market concentration outcome would be more reliable.

4. **Possibility of a perfect substitution for market definition in Korea's competition regime**

Korea's MRFTA and Review guidelines specified that market definition is the most important prerequisite for anti-competitiveness assessment required in reviews on mergers, unlawful concerted acts, abuse of market dominant position, unfair trading practices, etc. Under the country's competition regime, criteria for market-dominant company or for safety harbor, all employ market concentration indices like market share or the HHI as a measurement. Surcharges are also calculated based on the sales turnover gained in the relevant market.

As such, market definition is deeply rooted across Korea's competition enforcement to the extent that the MRFTA cannot function properly without it. To enable ordinary law enforcement without the market definition phase in the country, the first step would be to amend the law. However, given that no practical discussions have been pursued to this end so far, any change in this matter would be hard to come anytime soon in Korea.

¹⁹ Iron ores are divided into two groups -the lump ores and the fine ores- according to the size of their particles. The average size of the lump ore is 6~30mm. Lump ores contain high-quality iron and few impurities. They make an excellent product with good high temperature strength. Fine ores' particle size is 6mm or under.

MEXICO

1. Market definition as a fundamental concept in antitrust inquiry

1.1 *The purpose of market definition*

In Mexico, as in many other countries, the purpose of market definition is to identify competitive constraints on the supplier of a product or service under consideration. The analysis of competitive constraints provides information on whether likely practices or conducts of one or more suppliers can harm competition and consumers. Together with the determination of market power, market definition represents the first step in a methodology aimed at assessing the degree of competitive constraints that are present in a predefined market. Hence, market definition is an analytical tool aimed at aiding an inquiry into anticompetitive harm, with the inquiry of harm—actual or potential—being the ultimate goal of the analysis.

Under Mexico’s competition law, market definition is a requirement for a finding of harm—in the case of monopolization claims—and a requirement for a finding of potential harm—in the case of mergers, the analysis of public tenders, and determinations of effective competition conditions in regulated sectors. As such, one can consider it a hard law element in any competition decision since it is a requirement that any decision must contain, as stated by law.

Nevertheless, the antitrust authority has increasingly sought to rely on new techniques to better inform or complement its analysis of harm, since minimizing enforcement errors (false positives, false negatives) remains a key concern. This emphasis on new technical tools and methods will continue and perhaps increase in the foreseeable future to ensure an accurate analysis of potential displacement, foreclosure or discrimination, and to inform and defend a determination of relevant market as established by the law.

One concern remains regarding the definition of market. Sectoral legislation—financial services, transport, communications, energy—has taken from the competition statute the term “relevant market”, as if this were a definition that could easily be ascertained in any industry subject to review and regulation. This may become problematic to the extent that the judiciary begins treating the “relevant market” as a predetermined legal term and not one whose meaning results from a case by case analysis. In this case, educating the judiciary about how to better interpret its statute, the Federal Law of Economic Competition (LFCE or the law), may become a future chore for the Federal Competition Commission (CFC or Commission).¹

1.2 *Market definition under Mexican law*

Market definition is a requisite for any merger and monopolization claim under Mexican law. Articles 18 and 10 of the LFCE, which outline the process for determining whether a merger is anticompetitive or whether a conduct undertaken by an economic agent wielding substantial market power should be prohibited, require, in the first case

¹ See for example, the *Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros* (Law for the Transparency and Ordering of Financial Services, LTOSF).

That the Commission “consider the following elements:

- The relevant market in the terms described in article 12 of this law; ...
- The effects of the merger on the relevant market relative to other competitors and demanders of the good or service...” [emphasis added]

In the case of monopolization claims, article 10 requires that the Commission verify the assumptions established in article 12, which defines the criteria that must be used to determine relevant market.

As such, market definition is a hard law element not only in any merger or monopolization analysis undertaken by the authority, but also in any analysis that requires a finding of dominance or a determination of a lack of effective competition conditions in a market, since the criteria to analyze and determine whether one or more economic agents wields substantial market power—a core element in any of these investigations or inquiries—is established in article 13 and begins with the following phrasing

“To determine whether an economic agent has substantial market power in the relevant market ...” [emphasis added]

The key elements that make up the determination of relevant market or the market definition inquiry, include substitution possibilities, that is, the product dimension (article 12, I); transportation costs for the good, its inputs, complements and substitutes, which determine to a large extent the geographic dimension of the market (article 12, II); users’ possibilities of switching to alternative product or service offerings—to a large extent a re-statement of substitution possibilities—(article 12, III); and barriers to entry or expansion (article 12, IV). The law is silent about possible methodologies for finding or determining substitutes, geographic dimension or barriers as essential elements in determining relevant market, thus opening the door for the authority to use new analytical tools to support their conclusions and eventual decisions.

1.3 How market definition is carried out in practice

In practice, requirements for a determination of relevant market have proven to be overly broad, and have become in some cases the focus of the discussion instead of serving as a means to better identify competitive constraints. The Commission is now keenly aware of the need to provide guidance on the methodologies generally used to determine a relevant market and through this guidance, also underscore the role of market definition in the finding of competitive harm: a tool that helps identify actual or potential harm to competition and consumers. As a result, in 2010 the CFC commissioned white papers on market definition and market power to address this concern.

The two white papers were written by internationally renowned experts to inform the authority and practitioners about the technical aspects of a market definition analysis. The aim is twofold: to gradually allow the authority to adapt its own analyses based on these international best practices, and to provide businesses and competition practitioners’ guidance on how a market definition analysis is carried out by most competition authorities and the role it usually plays in an antitrust inquiry.²

Some of the methodologies outlined in this white paper have already been used in monopolization and merger analyses even if they are rarely, if ever, referenced in the Commission’s decisions. This omission is largely due to what has been a relatively strict reading of the legal statute, which has traditionally been seen

² Chang, Evans and Schmalensee, 2011, “Market Definition: Assessment of the Relevant Market in Competition Matters”. Available in the CFC’s website at: <http://www.cfc.gob.mx/index.php/es/glosario/guias-lineamientos-criterios-cfc>

as establishing legally binding requirements of analysis, and not so much as a set of rules of practice or a guidance on how a market definition analysis ought to be undertaken (more below).

In merger investigations, for example, the Commission has moved from a reliance on market share and concentration measures to establish relevant markets to an increasingly data intensive and effects-based approach to determine constraints on parties' behavior. A recent set of cases involving PVC tubes and resin, identified a lack of domestic constraints from tubes of other materials through the analysis of price cointegration. It conditioned the merger to the elimination of an import quota, resulting in a significant price reduction over time.³

Competitive constraints, instead of a formal market definition, have been identified also by analyzing geographic areas of influence, with the support of other evidence including company documents and surveys that identified the merging party's closest competitors and studies commissioned to determine customers' willingness to travel.⁴ A similar type of analysis was carried out for markets where price discrimination was possible: customers could be separated according to their willingness to pay into high and low payers. Even though, in this case, the merging parties were relatively large, an effects-based approach—as opposed to a purely market share analysis—led to a decision to authorize the merger based on a prediction, which has so far been confirmed, that prices would fall for those customers less willing (or able) to pay as a result of the merger.⁵

In monopolization analyses, the Commission has also adopted an effects-based approach. In the telecommunications sector, a dynamic or innovative market, the Commission has made a point not to take a stand on whether bundled products are one or separate markets, but has instead looked at the potential anticompetitive effects of conducts on a case by case basis.⁶ Even in markets that are not characterized as dynamic, as is the case of carbonated beverages, the Commission has recently adopted an approach that seeks to isolate competitive constraints at the regional or local instead of a national level, as it traditionally did before.⁷

In cases such as these, however, the final written decisions have included a more traditional, structural analysis based on the requirements of articles 10 (in the case of monopolization claims) or 18 (in the case of mergers) and 12 (the definition of relevant market). This allows the Commission to fulfill its legal obligations under the law and thus reduce the risk of allegations of legal uncertainty that are reviewed by the judiciary; it remains as a future challenge for the Commission to also make transparent the type of technical analyses it undertakes based on these new methodologies. A CFC decision will therefore include a definition of a product and geographical market first, a determination or finding of market power, and an analysis of the effects of the practice or conduct, or of potential harm brought about by a merger; even if the order in which these analyses are undertaken is different from the order in which the necessary elements of inquiry are listed in the law.

However, the judicial review of competition cases and the legal framework that underlies them is a particular concern with an increased reliance on analytical approaches that may be seen as departing somewhat from the letter of the law. This hurdle is discussed in the next section.

³ Mexichem/Cydsa/Plásticos Rex (CNT-088-2009), Mexichem/Policyd/Cydsa (CNT-091-2008), Mexichem/Plásticos Rex/Amanco (CNT-093-2008).

⁴ Merger analysis in entertainment venues.

⁵ Private education organizations.

⁶ See for example DE-033-2007, an allegation of tied sales in fixed telephony and broad band brought by Telefónica against Telmex.

⁷ DE-013-2008.

2. The Mexican legal institutional framework

There are different legal traditions that allow for different degrees of flexibility in the application and interpretation of the law. Common law systems tend to have a continually evolving law developed by judges through decisions of courts, rather than through changes in legislative statutes or the implementation of executive branch actions. The law evolves from precedents, which are more closely related to a set of facts rather than to a contemporaneous reading or interpretation of statutes.

Mexico follows a civil law system, which adheres to a codified, referable system as a primary source of law. As such, the law follows general principles based on statutory interrelated concepts, from the Constitution to the LFCE, its Code of Rulings and other federal laws that make reference to the LFCE and/or to the Commission, exercising its powers as executor of the LFCE. Judges and judiciary officers tend to interpret law and direct their inquiry towards the soundness and interrelatedness of the different legal norms.⁸

As a consequence, the interpretation of the legality in the application and enforcement of the LFCE, both by lawyers and judges, is subject to a particularly formalist scrutiny. This means that it is the wording and not the spirit of the law, which becomes the interpretative standard for most competition cases. The law tends to be interpreted as a list of interrelated pieces that ought to be fulfilled to give legal certainty to parties rather than as a comprehensive whole with a common objective. As such, obviating the market definition step in any anticompetitive inquiry (be it actual –abuse of dominance- or potential –mergers-) is not tenable.

In the case of market definition, the LFCE establishes the determination of a “relevant market” as a necessary but not sufficient condition for a finding of antitrust violation, in the case of abuse of dominance cases (articles 10 and 11); as a necessary condition for the analysis of potentially damaging mergers (article 18); and as a necessary condition for the analysis of effective competition conditions and the granting of government concessions and permissions (articles 33 bis, and 33 bis 1). As such, this is a legal and analytical step that cannot be ignored. Nevertheless, a comprehensive reading of the law, in all of these cases, underscores the fact that market definition is not a sufficient element to reach a determination regarding anticompetitive harm, actual or potential.

Whether this form of interpretation evolves or changes in the future is an open question and relies on the degree to which the judiciary is willing to look beyond a direct legal reading of the code or is instead increasingly comfortable allowing for a more flexible interpretation of the statute that is closer to the spirit rather than the letter of the norm. In some cases, this change has already begun to happen, such as the decisions reviewed by the appeals court tribunals in the Commission’s 2003 case brought against Coca-Cola.⁹ Nonetheless, it is still an open question whether this interpretative standard becomes a trend, more so with the 2011 changes to the LFCE, which allow for the creation of a specialized review court for competition matters (article 39).

3. The way forward: Preliminary conclusions

Will the CFC move away from defining relevant market, determining market shares, and thus inferring market power? It is not likely. Mexico’s competition authority is in a process of reconciling the

⁸ “A Primer on the Civil-Law System”, James G. Apple and Robert P. Deyling, Federal Judicial Center.

⁹ Thesis I.4o.A. 622 A, *Amparo en revision 479/2006* regarding the scope of judicial review and its justification as applied to the Federal Competition Commission, opinion by magistrate Jean Claude Tron Petit. Thesis: I.4o.A.583, *Incidente de suspension (interdiction) 30/2007*, opinion by magistrate Jean Claude Tron Petit on the social objective of the law vis à vis the private rights of individuals.

benefits that result from increased legal certainty based on a market definition analysis to economic agents subject to its law, with the technical benefits in using relatively novel tools to better inform the antitrust harm inquiry and improve the level of accuracy of its decisions (or instead reduces the type I and type II errors in testing its hypotheses about harm).

Inquiries based on market definition, market share and concentration measures that follow the steps outlined in article 12 have, so far, provided a clear spatial and geographic context where agents can have some certainty as to who provides competitive constraints that could limit businesses anticompetitive market behaviors. The cost, of course, is the increased probability of obtaining false positives or false negatives.

These new tools that focus on the effects of conducts or potential harm to competition, have the advantages of improved enforcement decisions. But at the same time, they require specialized knowledge to implement—namely economic expertise—and a judiciary that is more attuned to the complexities of the analysis carried out by the antitrust authority. These are worthy long run investments that the authority is willing to make, especially if the outcome are better informed decisions that complement and strengthen any traditional analysis.

Implementing these changes will be challenging. The Commission is well aware of the difficulties of obtaining and keeping this specialized economic expertise needed to undertake some of the more complex empirical analyses that seek to measure competitive constraints directly. Even if this hurdle were resolved, the legal standards for interpretation of the law remain. The judiciary system is still insufficiently acquainted with the technical aspects of the law. Increasing their awareness of the complexities of the analysis and the ultimate objective of the law is a challenge that all competition agencies face, not just Mexico's. This is the crucial effort that remains to be done, but it will only be possible to undertake when there is also a willingness to read the law in a more flexible manner, attuned to the interdisciplinary and technical nature of competition matters.

The CFC believes that it is feasible to reconcile these new analytical tools and methodology with the general competition law framework, since a reading of the law underscores core principles that need to be protected: market efficiency, or alternately a lack of monopolistic practices, social welfare. In this sense, to the extent that the reading of the law follows its spirit and not just its letter, a formalistic analysis for market definition can be, not circumvented, but complemented and improved.

NORWAY

1. Introduction

Market definition is central to most antitrust cases, as determining market power typically requires the definition of a relevant market. However, market definition is often problematic, particularly when products are differentiated or/and in two sided-markets. As a consequence, alternative approaches measuring unilateral effects directly have been developed, making the need to define a relevant market less important. This has internationally caused a discussion concerning to what extent these alternative approaches can supplement or replace market definition.

The Norwegian Competition Authority (NCA) has recently started to implement these alternative approaches, including critical-loss, UPP etc. in antitrust cases. As these methods are founded on diversion ratios and gross profit margins, the NCA have focused on developing expertise in estimating diversion ratios through the use of customer surveys. An important part of this work has revolved around making valid questionnaires, as well as obtaining an overview of circumstances when these methods are useful and not. Furthermore, the NCA has, in cooperation with the Norwegian School of Economics, an ongoing research program on the issue of market definition. The program includes methodological discussions and empirical studies related to market definition. This program is part of a larger project on competition policy, administered by the Ministry of Government Administration, Reform and Church Affairs.

The NCA shall intervene against a concentration if it finds that the concentration will create or strengthen a significant restriction of competition. This submission includes an example of a merger case in a two-sided market, briefly demonstrating the use of customer surveys and diversion ratios. The example is from the media market, and involves a proposal from A-pressen AS to purchase Edda Media AS (owned by Mecom Europe AS).¹ Both firms have activities within newspapers, printing, radio, digital media, magazine, advertisement and distribution. This submission examines issues related to the market definition and the competition analysis in the market for supply of advertisement and the supply of content to the readers of newspapers. As the case is still pending at the time of the writing, all views presented the NCA in this submission must be considered as preliminary.

The NCA's experience so far is that customer surveys and diversion ratios gives useful information relating to the market definition and to assess competitive pressure, especially cases involving differentiated products and two sided-markets. The economic analysis becomes more empirically based, rather than resting on qualitative arguments alone. However, the NCA is of the opinion that these approaches should be used to improve rather than to abandon market definition.

As an introduction, some key features regarding market definition and competition analysis in two-sided markets are briefly explained. Section 3 describes the proposed merger in the Norwegian newspaper market and details the assessments regarding market definition and competition analysis made by the NCA in the case. Section 4 concludes the submission.

¹ Case 2011/0925 – A-pressen AS/Mecom Europe AS (Edda Media AS).

2. Market definition and competition analysis in two-sided markets

In cases involving two-sided markets, the market definition and competition analysis must take into account several economic issues that do not arise in a one-sided market.²

A key feature in two-sided markets is the presence of indirect networks effects. These exist e.g. when the value of a customer on one side of the platform increases with the number of customers on the other side. Newspapers are an often-cited example, where the value of the newspaper to advertisers depends on the number and type of readers the newspaper attracts. In antitrust cases, it is often the strength of the indirect networks effects that determines whether the markets "two-sidedness" matters enough to have substantial effect on the results of an economic analysis.

A related issue is when determining an optimal price structure a two-sided platform must consider among other factors the relative size of networks effects. In setting prices, a newspaper need to consider that charging too high prices to readers could result in fewer readers which in turn will result in fewer advertisers willing to buy advertising space in the newspaper. Hence the pricing incentive and structure differ in two-sided markets compared to "traditional" one-sided markets.

Another important differentiation to consider is between single and multi-homing markets. Most two-sided markets are characterised by one-sided multi homing, i.e. customers on one side of the market join a single platform while customers on the other side join several platforms. Market power is more likely to arise in markets characterised by one-sided multi homing.

Most standard approaches to market definition, such as the SSNIP test, diversion ratios, critical loss, and other economic models, do not directly apply to the concept of two-sided markets without some form of modification.³ This also applies to newer methodologies, such as UPP and GUPPI, which focus directly on unilateral effects. All these methodologies are developed based on the economics of one-sided markets. Given the nature of the "two-sidedness", this may mean that critical-loss analysis could lead to a market being defined to widely or to narrowly.

In practice, the majority of the competition authorities define separate markets on each side of a two-sided market, while taking the impact of indirect networks effects into consideration as part of the competition analysis. By being aware of the inaccuracies, errors can be reduced in practice. Furthermore, there is a tendency to reduce the importance of market definition and increase the importance of the competition analysis, especially in two-sided market cases.⁴

Ultimately, choice of approach depends on the strength of the networks effects (and the degree of differentiation). The greater the "two-sidedness", the more appropriate the above-mentioned approach may be. However, an assessment of what would be the "right approach" must be done on a case-to-case-basis.

² We do not intend to explore the two-sided market literature in detail but mainly highlight some key points. For a more detailed overview of the literature see e.g. [DAF/COMP\(2009\)20](#).

³ For details on these issues, see e.g. chapter 12 "Two-sided market definition" by David S. Evans in "Market definition in antitrust: theory and case studies", ABA Section of Antitrust Law, 2012.

⁴ See e.g., "Anticipated acquisition by LOVEFiLM International Limited of the online DVD rental subscription business of Amazon Inc", OFT decision ME/3534/08, 15 April 2008.

3. Proposed merger in the Norwegian newspaper market

The merger regulations in the Norwegian Competition Act of 2004 are in many material aspects harmonized with the EC competition rules. Section 16 of the Competition Act of 2004 corresponds, with minor exceptions, to the EC merger regulation and the EEA Agreement Article 57.

The NCA has reviewed a merger in the Norwegian newspaper market under section 16 of the competition act. As described below, the NCA reached the preliminary conclusion that the proposed merger is likely to raise significant competition concerns in several geographical markets for the supply of contents to consumers and the supply of advertising. This section details the NCA's approach concerning market definition and competition analysis, briefly demonstrating the use of customer surveys and diversion ratios in the specific merger case.

3.1 Short outline of the merger case

In late 2011, the NCA started to consider a proposal by A-pressen AS to acquire Edda Media AS. As described introductorily, both companies have business activities within several media-related areas and are regarded as the second and third largest "media houses" in Norway.⁵

The main areas of overlap between A-pressen and Edda Media are local and regional newspapers with circulation in the urban and rural areas in the South and South-West parts of Norway.⁶ The NCA are currently examining whether the proposed acquisition will lessen the competition in the supply of content to consumers (reader market) and the supply of advertising (advertising market), the latter dealing only with advertising, excluding classified ad.⁷

Other markets, such as print, distribution and classified ads were assessed by the NCA and found to raise no competition concerns. Thus, they are not discussed in this submission.

3.2 Customer survey – subscribers and advertisers

As already mentioned, the market definition and competition analysis may be a challenge in two-sided markets. To get more knowledge about the customers in the two-sided market, the NCA carried through a customer survey of subscribers and local advertiser in six of the merging parties' newspapers which had substantial geographical overlap.

The NCA identified newspapers which had substantial geographical overlap using information on circulation from the parties, the Norwegian Media Businesses' Association (MBA) and the Local Newspapers' Association (LNA). The following newspapers were chosen for survey:

- County of Østfold: "Fredrikstad Blad" and "Demokraten"
- County of Telemark: "Telemarksavisa" and "Varden"⁸
- County of Buskerud: "Drammens Tidende" and "Bygdeposten".

⁵ The largest "media house" in Norway is Schibsted AS.

⁶ The transaction includes 80 titles, where 48 is owned by A-pressen and 32 is own by Edda Media. This includes mainly paid for titles, and a few free titles.

⁷ At the time of the writing, the merger case is still pending. The NCA has presented a reasoned preliminary decision on intervention to the notifying party. The notifying party then have 15 days to reply before the NCA presents a formal decision. Hence, all views presented in this submission are considered preliminary.

⁸ To limit the scope of this contribution, the NCA has chosen to focus only on these two newspapers.

A customer database consisting of subscribers and advertisers was supplied by the parties for each newspaper. The customer databases consisting of advertisers were restricted to those who in 2011 advertised directly through the newspaper, leaving out advertisers who had purchased space in a package of local titles across the regional area.⁹ The customer lists were randomised, and a telephone survey was conducted until 25 % of the advertisers per newspaper had answered the questionnaire. The subscribers were correspondingly randomised, and a telephone survey was conducted until a sample of 200 subscribers per newspaper was reached.

The questionnaires in the survey were formulated by the NCA, and the merging parties got the opportunity to comment on them before the survey was carried through. The questionnaires were fully piloted in two of the newspapers prior to finalisation. The fieldwork was conducted during late March/early April, 2012.

3.3. Market definition and competition analysis

The NCA approached the market definition in the merger case by defining separate markets for subscribers and for advertisers. The impact of indirect network effects was taken into consideration as part of the competition analysis. This section details the NCA's approach.

3.3.1 Market definition

In the context of market definition, the NCA made use of information supplied by the merging parties, answers from third parties and findings from the customer survey. Based on the customer's stated second choice of newspaper in the survey, the NCA estimated diversion ratios for subscribers¹⁰ and advertisers¹¹ in the aforementioned newspapers. These results were then interpreted and discussed in the context of critical loss analysis to identify the relevant markets.¹²

Furthermore, given the degree of differentiation between the newspapers and the number of alternatives in the form of other print and non-print media for both readers and advertisers, the NCA first approached the market definition by considering competitive constraints placed on the merging parties by other forms of print and non-print media. Secondly, the NCA considered the competitive constraint the merging parties newspapers placed on each other.

The NCA started the market definition work by assessing the parties' newspapers as a broadly defined relevant market. Given the highly differentiated nature of other print and non-print media, the constraint that each exerts on the parties newspapers is independent of the product scope. Answers from advertisers who responded to NCA's market investigation and findings from the survey showed the constraints from other print and non-print media to be limited. Hence, indicating that the relevant markets were no broader than supply of advertising and supply of content to consumers in newspapers.

⁹ Reasons for this approach where that the NCA observed that roughly 2/3 of the income were from local advertisers and that the competition concerns were less for large customers as they have more alternatives.

¹⁰ Survey question: "You answered in the previous question that you would have chosen to subscribe to a different newspaper if Varden was not available. Which newspaper would you subscribe to?"

¹¹ Survey question: "You answered in the previous question that your firm would have chosen another newspaper if Varden was not available. Which newspaper would you advertise in?"

¹² Critical loss analysis measures the minimum sales volumes that a hypothetical monopolist would need to lose to make a 5-10 % price increase unprofitable. The critical loss is compared to the actual loss the hypothetical monopolist would incur in response to the 5-10 % price increase to determine whether such a price increase would be profitable. If the actual loss is smaller than the critical loss, the price increase would be profitable for the hypothetical monopolist, which would be indicative of a relevant product market.

In the reader market, the NCA found high diversion ratios between the parties' two regional newspapers "Telemarksavisa" (TA) and "Varden" (VA). Among the subscribers of TA, about 6 out of 10 stated VA as their second choice. Analogous, among VA's subscribers 5 out of 10 stated TA as their second choice. The NCA regarded the diversion rates to be relatively high. Furthermore, almost 9 out of 10 subscribers in both newspapers stated the other newspaper as a good or very good alternative to their current newspaper. In the context of critical loss analysis, and a gross profit margin larger than 10 %, the above results are indicative of a relevant product market.

In the market for advertising, the NCA found moderate to high diversion ratios between the parties' newspapers in all regions. Especially high diversion ratios were found in the county of Telemark between the newspapers TA and VA. About 8 out of 10 customers in TA stated VA as their second choice. Analogous, 5 out of 10 customers in VA stated TA as their second choice. The above indicate that customers do view the merging parties' products as close substitutes. Furthermore, about 9 out of 10 customers in both newspapers stated the other newspaper as a good or very good alternative to advertise in.¹³ In the context of critical loss analysis, and a gross profit margin larger than 10 %, the above results are indicative of a relevant product market.

To summarize; in the reader market the NCA found that TA and VA represented a relevant product market. In the advertising market, the NCA found that all the investigated newspapers with geographical overlap represented relevant product markets.

3.3.2 *Competition analysis*

As explained, the NCA examined the effect of the proposed acquisition on competition in each of the markets separately, recognising the close relationship (i.e. networks effects) between the reader and the advertising markets.

When assessing the reader market in isolation, the NCA found that there was sufficiently strong competition between TA and VA that the merger was likely to give rise to unilateral effects. After the merger the parties would control the only two regional newspapers TA and VA, as well as the majority of other local newspapers in the county of Telemark. Both survey results and information put forward by the parties and third parties, did point out that the subscribers consider the two regional newspapers as very close substitutes, and that other newspapers do not exert strong competitive constraints on the two newspapers. In the context of network effects, the availability of substitutes for advertisers is normally recognized as constraining the potential for the merging parties to raise prices for readers. This constraining effect from the advertising market was not found in this case, and the NCA concluded that the indirect networks effects were not particularly strong in that direction, thus of no consequence for the initial assessment.

When the NCA assessed the advertising market in isolation, it found sufficiently strong competition between the parties' newspaper titles so that the merger was likely to give rise to unilateral effects. As explained above, the parties would after the merger control the only two regional newspapers TA and VA. Survey results did point out that the advertisers view the two regional newspapers as very close substitutes. When taking the two-sidedness of the market into consideration, the NCA did not find any constraining effect stemming from the readers in relation to the potential to exercise market power over advertisers. Hence, the NCA concluded that the indirect networks effects were of no consequence for the initial assessment.

¹³ Survey question: "On a scale of 1-5 where 1 is very poor alternative and 5 is a very good alternative, how do you regard the following newspapers as a good alternative to Varden?"

As a result of the above, the NCA concluded that the proposed merger was likely to raise significant competition concerns in the supply of reader content and the supply of advertising in the county of Telemark. In addition, the NCA also concluded that there were reasons for competition concerns in the supply of advertising for the identified newspapers in the counties of Buskerud and Østfold. As already mentioned, these are preliminary conclusions.

4. Conclusion

The matters discussed above illustrate how the NCA, using customer surveys and diversion ratios, has defined and analysed competition issues in a setting involving two-sided markets with differentiated products. The experience suggests that surveys and diversion ratios give very useful information to define the market and assess competitive pressure in these types of antitrust cases, although the NCA did not implement a formal critical-loss or UPP analysis in the economic analysis.

In the context of market definition, the NCA decided to define separate markets for subscribers and advertisers, taking the networks effect into consideration in the competition analysis. This can be seen as a practical, but also as a transparent procedure in a complicated market.

Given the diversion ratios, the NCA could in principle have avoided market definition and focussed on the direct competitive constraint being removed by the merger. However, the need for a controlled and transparent economic analysis was seen as important. Market definition serves to frame the subsequent analysis made by the authorities. This approach also makes the assessment more transparent for the merging parties. Lastly, as there are some methodological limitations associated with methods such as critical-loss/UPP, the NCA believe that these economic tools should be used as supplements to other relevant economic evidence. Therefore, the NCA is of the opinion that these new approaches should be used to improve rather than abandon market definition.

POLAND

1. Relevant market in the Polish competition law

According to the definition in the Competition Act, the relevant market is a market of goods, which by reason of their intended use, price and characteristics, including quality, are regarded by buyers as substitutes, and are offered in the area in which, by reason of their nature and characteristics, the existence of market access barriers, consumer preferences, significant differences in prices and transport costs, the conditions of competition are sufficiently homogeneous. The relevant market forms a general framework for provisions prohibiting anti-competitive conduct. The provisions regarding the abuse of dominance, anticompetitive agreements and mergers all refer to the concept of relevant market. Relevant market serves also as a reference for various structural presumptions. Presumption of dominance arises for undertakings possessing over 40% share in the relevant market, while *de minimis* exemptions apply to some horizontal and vertical agreements, whose participants account, respectively, for no more than 5% and 10% in the relevant market.

Given that the concept of the relevant market is firmly embedded in the Polish competition law, it is in fact a prerequisite for proceeding with the analysis of competitive effects of a suspected infringement. In practice, the precision of the market definition varies with the degree to which it is important for the case: high precision generally required for dominance and those merger cases where the presence of market power is alleged, with much less precise definitions acceptable for agreements which cannot benefit from *de minimis* exemptions (like price fixing) and mergers which do not raise concerns under any plausible market definition. In the latter cases the unequivocal demarcation of the relevant market is often absent.

2. The role of the relevant market

Relevant market provides a general framework allowing for the identification of competitive constraints on the undertakings subject to investigation. A result of the process of defining a market is a product or a group of products (product market) offered in a certain territory (geographic market), where competitive conditions are sufficiently homogeneous. In rare cases, a temporal dimension of the relevant market may also be defined, if conditions of competition may change in time (e.g. fairs). Defining a product market, the Polish competition authority (UOKiK) analyzes both the demand and the supply side substitution. Demand side factors involve those, that influence customers' willingness and ability to switch to alternative products, such as product characteristics, consumer preferences, switching costs, regulations, etc. Supply substitutability refers to situations, where producers of other products, which are not direct substitutes, are able to switch rapidly and without incurring excessive costs to producing a product in question, in response to its increase in price.

Conceptually, the factors which determine demand-substitutability are taken into account, while looking at responses of consumers to a small but significant, non-transitory increase in price. Useful evidence helping to determine, whether customers would be likely to switch in response to a SSNIP may be of both qualitative and quantitative nature.

Relevant market definition aims to identify all the sources of competitive pressure, which do not allow undertakings to act to an appreciable extent independently of competitors, in particular by raising

prices or otherwise degrading the quality of their offer. Determining a set of competitors and their products also facilitates the analyses of entry as a possible factor constraining their market behaviour.

As the issues relevant for defining a market and assessing alleged anticompetitive behaviour or effects of a merger are largely similar – both market definition and conduct assessment depend on factors relevant for the presence or absence of market power – there is a link between these two stages: hypotheses about the extent of the relevant market and the plausibility of anti-competitive effects influence each other. Even though these stages of analysis are often depicted as sequential, with relevant market definition distinct from and preceding the analysis of conduct, in practice they are often intertwined. If, for example, provisional market definitions (resulting from earlier case law or case-handlers’ intuitions about the market in question) lead to a prediction about market power that seems clearly implausible, the market definition is adjusted, in line with the evidence on conduct.

It needs to be taken into account in this context, that the ability to raise prices or impose onerous conditions on trading partners does not have to spring from market power, as it may be a result of contractual obligations. Some contracts may lead to a dependence of one of the parties on another, which can be opportunistically taken advantage of, but it does not mean, that the relevant market should be confined to a single contractual relationship. In other cases the ability of the allegedly dominant undertaking to raise prices or exclude other undertakings from the market may be the result not so much of market power, understood as a lack of reasonable alternatives to a given supplier, but of irrational reluctance on the part of “victims” to use other, available sources of supply, perhaps resulting from the belief, that it is easier to use administrative bodies to force their trading partner to behave fairly than to shop around. Also in such cases it is difficult to define a market in a way that would support the allegations of misconduct.

In relatively many cases detailed market investigation or analysis may not be needed, as market definition is straightforward and/or well established in jurisprudence. It is particularly true in case of local markets, such as cemetery, waste disposal, or water provision, which have been subject to numerous investigations.

It bears underlining that the relevant market definition is not an end in itself, but rather a framework for assessing consequences of undertakings’ behaviour. If those consequences can be inferred directly, e.g. by demonstrating that an undertaking’s behaviour clearly did have anti-competitive consequences in the market, or that prices tend to be significantly lower in those markets where both merging parties are present, market definition may, arguably, be dispensed with. In practice though, the evidence on an undertaking’s market power is more likely to be used to delineate a relevant market, to make a case fit the legal framework.

3. Limitations of the relevant market framework

The major criticism of the relevant market framework refers to its discrete nature (products are either “in” or “out”, all products in the relevant market are considered equally good substitutes for one another) and to its alleged failure to take into account the competitive interactions in more complicated markets, involving differentiated products, two-sided interactions, intensive R&D activity or some vertical settings, where an upstream market is defined on the basis of demand derived in the downstream market. Even though it makes important points, much of this criticism seems to stem from a very rigid view of the functioning of the relevant market framework, treating it as an inflexible application of the Structure-Conduct-Performance paradigm. In this view competition authorities define a relevant market, establish market shares and then perform the assessment of conduct in question, based exclusively on market shares.

In practice, the relevant market framework seems to be able to accommodate various problems stemming from a departure of a market in question from a simple static, homogeneous goods model without externalities. Factors other than market shares are usually assigned an important role in explaining market situation. There may be evidence of significant head-to-head competition between undertakings, variables other than current market shares may better reflect the capacity to compete (e.g. acquired patents) or there may be reasons to expect, that indirect pressure from adjacent markets may defeat attempts to raise prices (e.g. vertically integrated undertakings active downstream may put pressure on a monopolistic provider of an upstream input, as in the case of cable networks and wholesale broadband access provider). In general, a market definition exercise performed with a view to identify the constraints on the ability of given undertakings to raise prices (or otherwise restrict competition), should be able to return a group of economic entities, whose behaviour will then provide important insights about the existence of market power, even if in certain settings the basis for such insights may have to go beyond a simple assessment of market shares. Market definition in complicated markets may be more difficult, but is not essentially different from the analysis in simpler markets.

A case concerning differentiated products may serve as an illustration. It concerned a merger between cable tv operators, where the evidence gathered (market research on customer migration, internal strategy documents of the parties, statements of competitors) pointed to imperfect substitutability between cable networks and satellite platforms. The former had a competitive advantage in the urban environment, which allowed cable operators to reap high scale economies, while in rural territories satellite platforms, which were not dependent on an expensive cable infrastructure, had an edge. In addition, cable networks were able to offer services, which satellite platforms were unable to match, like triple-play. In light of this, satellite platforms were included in the market, but their competitive impact on cable networks was assigned a lower weight than their market shares would indicate and the findings of the probable adverse impact of the merger were based not only on market shares, but also on the evidence of the ability of the parties to price discriminate, depending on the intensity of competition in a given area.

The cases involving two-sided markets (newspapers and card payments) did not pose particular problems for market definition. In case of newspapers advertising and readership markets were defined separately, which did not lead to apparent problems in assessing actual or future market behavior of the parties. The reason for that may have been the fact, that a broadly defined newspaper market in Poland contains many papers, while in cases which called for a narrower definition (e.g. predatory pricing allegations in tabloid and sport dailies markets), market participants relied on a similar business model, which led to similar advertising-to-readership ratio, making market shares on both sides of the market comparable. In card payments case, concerning the joint setting of interchange fees, the market was defined as acquiring card payments. Links with the issuing market were important in this case, particularly in the context of the analysis of the possibility that the agreements might merit exemption from competition rules on the basis of art. 81.3 of the EC Treaty (currently art. 101.3 of the TFUE), but they did not pose problems for the analysis of the restriction of competition or for market definition.

4. Alternatives to market definition and the possibility of their wider application

There are tools, which promise to either substitute for market definition or comprehensively complement this framework. They aim to measure the market power of undertakings or the results of a proposed merger directly. Such methods may involve estimating demand elasticity, to infer the ability of undertakings to raise prices, merger simulation, attempting to directly gauge the effects of a merger, measuring the pressure on prices resulting from a merger in a differentiated goods market, or statistical analyses estimating the relations between the number of competitors and price levels in various (usually geographic) markets. Polish competition authority, despite very limited experience with those methods, considers them potentially very useful complements to a market definition analysis, but it is doubtful, whether such tools will be able to supplant market definition entirely any time soon.

First, such methods require good data, which is not always readily available, especially in the timeframe required for the investigation (in case of mergers) or for certain industries. Second, many of the methods require substantial expertise to implement and, what's more important, to interpret the results, in light of the method's limitations. It puts stronger demands on the economists working for competition authorities, who must be able to explain the method and the results of its application, as well as on the judges, who must be able to understand the explanation and spot its possible weaknesses. It may also limit their widespread use, especially by economically less sophisticated authorities, as it is difficult to break them down into algorithms that could be used by less sophisticated users. Both of the factors mentioned above also reduce the appeal of several of the methods (e.g. measuring upward pricing pressure) to be used as simple screening tools. Third, alternatives to market definition often rely on simplifying assumptions (e.g. concerning the demand curvature, nature of strategic interactions between market participants, relevant cost benchmarks, etc.), which are not without influence on the robustness of the final results. It is not obvious, that the results of the application of the above-mentioned methods will be superior to analyzing the conduct of undertakings within the relevant market framework. Fourth, most of the cases can be comfortably assessed within the traditional framework, as either presence or absence of significant market power may be obvious (e.g. due to significant earlier experience of the competition authority in a given sector or its obvious economic characteristics – as in the case of natural monopolies) or irrelevant for the assessment of conduct (e.g. agreements which do not benefit from *de minimis* exemptions). Finally, market definition framework creates a shared language for lawyers and economists, in which cases are argued before the courts. This language is embedded in the provisions of law and courts' jurisprudence, so it is only natural to expect, that insights from alternative methods for identifying market power will be couched in terms of their impact on the relevant market definition.

Even though alternative methods are unlikely to replace the analysis within the market definition framework, they may complement and inform it. They may illuminate the nature of competitive interactions in the market, provide the directions for market definition and identify the issues worth focusing on both at the market definition and conduct assessment stage.

5. Conclusions

The success and widespread use of the market definition framework is not an accident: this framework is robust, flexible, capable of integrating various types of evidence (qualitative and quantitative) and relatively easy to understand. Although it may face challenges in certain settings, they can be overcome by focusing on the issues of market power, and extending the scope of investigation beyond market shares. Alternative methods may be integrated with the market definition framework, informing the analysis and making it more convincing, but they are more likely to enrich, rather than substitute it.

SPAIN

1. Introduction

Market definition provides useful insights into the competitive constraints present in a market, and facilitates the identification of its competitive dynamics as well as the current and potential competitors that companies must face.

Market definition plays a key role in merger analysis, especially in jurisdictions where market share threshold is a criterion to assess whether a transaction requires formal notification, and in antitrust cases as well, mainly in cases falling under the scope of article 102 of the Treaty.

Moreover, market definition may be crucial in advocacy to establish the frame for the assessment of the structure and possible competitive concerns in one specific market, thus, to establish the context of the analysis as a starting point for the analysis that should then lead to the conclusions on regulation and other policy recommendations.

Nevertheless there might be many difficulties in some cases to define the market. Heavily regulated markets, aftermarket, differentiated products or two sided markets are some clear examples where alternative techniques might be used, in order to measure the unilateral and coordinated effects of economic behaviour, but without leaving aside the exercise of market definition based on economic evidence as well as previous case law. What is more, market definition has to evolve at the same pace as markets on going change, above all, when defining very innovative markets. Likewise, the exclusive use of alternative techniques to assess a particular merger or behaviour could be problematic due to the risk of making discretionary decisions depending on the economic model used, thus paving the way to legal uncertainty.

The objective of this paper is to contribute to the proposed roundtable with some cases in which market definition was the key for the analysis carried out by the Spanish Competition Authority or in which this definition was especially difficult. The Spanish Competition Authority has dealt with these types of situations in several cases, when analysing markets with specific characteristics such as the above mentioned so called aftermarket, or markets that are conditioned by specific market regulation and vertical integration. Finally, this report takes notice of how under the double threshold system for merger notification in the Spanish Competition Act market definition becomes essential and allows, in many cases, the identification of competition concerns.

2. Some cases under the Spanish jurisdiction

2.1 *Market definition in aftermarket cases*

Aftermarkets can be defined as markets for the supply of products or services needed for or in connection with the use of a relatively long-lasting piece of equipment that has already been acquired. There are some characteristics very specific to aftermarkets, among others: a usually competitive basic market and a frequently monopoly or quasi-monopoly power in aftermarket (monopoly by patent, tie between proprietary and non-proprietary services or withholding critical information). Normally, there are higher margins in the aftermarket than in the primary market.

In this kind of cases, market is defined on the basis of demand derived in the other market, thus becoming market definition fundamental and a core element of a decision in order to prove dominance and abuse.

For example, in case S/0336/11 CARTUCHOS DE TINTA, market definition was especially relevant for the enforcement assessment. According to the complaint, the product market was framed in the sector of manufacturing, marketing and distribution of printing machines and their supplies for use in industrial labelling and marking.

Box 1. S/0336/11 CARTUCHOS DE TINTA (INK CARTRIDGES)

The Spanish Competition Authority received a complaint on 14th March 2011 alleging that some printer manufacturers infringed articles 1 and 2 of the Spanish Competition Act 15/2007 (LDC), and Article 101 and 102 EC Treaty, by illegally excluding inkjet cartridge re-manufacturers from their inkjet cartridges' aftermarkets through patenting strategies and the use of informatics codes.

In March 2012, the Spanish Competition Authority decided to reject the complaint against manufacturers of inkjet printers and printer supplies for industrial use, given that there was no evidence of an agreement or concerted practice regarding printer supplies by printer manufacturers.

Nevertheless, the possible infringement of article 2 of LDC and article 102 EC was carefully analysed.

In this case market definition was key to the analysis, due to the fact that the Spanish Competition Authority considered that the market for supply of toners and/or other consumables for printers of a specific brand could be considered as a separate market. According to this definition, the primary market conditioned in such a way the secondary market, and consumers (in this case industrial consumers) were so aware of the cost of consumables for printers, that no dominant position was identified. What is more, in this case, there was no evidence of exploitative practices of printer manufacturers. As a consequence, the Spanish Competition Authority decided that there was no infringement of Article 2 of LDC nor of Article 102 EC, filing away the case.

Nevertheless in this case, and as in previous decisions by the European Commission¹, the Spanish Competition Authority considered that the market for supply of toners and/or other consumables for printers of a specific brand could be considered as a separate market.

Taking this market definition into account, the printer market and the consumables market were interrelated in such a way that the competition on the printer market resulted in effective discipline in the secondary market. Purchasers of printers were well informed about the price charged for consumables and appeared to keep this in mind in their decision to purchase a printer. The lifetime of a printer and the balance between the capital cost of a printer and the total cost of consumables for that printer over its lifetime were such that consumers would have a strong incentive to switch printer brand if the price of consumables for that brand was to be raised. The complexity and cost of printers were such that the costs of switching from one brand to another were not excessive under these specific circumstances.

Thus, the Spanish Competition authority followed other European Commission decisions² that stated the following: “dominance on the aftermarket was excluded "to the extent that a customer (i) can make an informed choice including lifecycle pricing, that he (ii) is likely to make such an informed choice accordingly, and that, (iii) in case of an apparent policy of exploitation being pursued in one specific

¹ E.g. Case COMP/C 3/39.391 EFIM.

² Case PELIKAN /KYOCERA, Case INFO-LAB/RICOH.

aftermarket, a sufficient number of customers would adapt their purchasing behaviour at the level of the primary market (iv) within a reasonable time³."

In Case S/0230/ 10 ELEVATORS, one of the behavioural elements assessed was whether the refusal to provide original spare parts in the elevator market by the manufacturer to an independent repair company could constitute an abuse of a dominant position. Though the proceedings were finally closed due to lack of evidence, the CNC explored the possibility of defining a market for original spare parts in which each company would hold a dominant position. The market of maintenance and reparation of elevators was considered as a downstream secondary market related to supply and installation of elevators, due to the fact that maintenance is only possible if the installation of elevators does exist.⁴

Box 2. Case S/0230/ 10 ELEVATORS

In July 2009 the Investigations Division of the Spanish Competition Authority opened formal proceedings *ex-officio*⁵ against some companies operating in the market of manufacturing, selling, installation and maintenance of elevators and escalators, regarding a possible anticompetitive behaviour consisting on a market sharing agreement, fixing prices or other commercial conditions, that allegedly limited competition and produced a foreclosure of the market, and thus, infringing art. 1 of LDC and art. 101 EC Treaty. In addition, possible infringements of art 2 and 3 of LDC were analysed, that is, abuse of a dominant position (through a refusal to supply spare parts, predatory prices in the markets for maintenance or the duration of these contracts) and unfair competition affecting general public interest.

In this case, the upstream affected market consisted of transport systems, both vertical (elevators) and horizontal (escalators and moving walks). Regarding elevators, two different but closely related activities were considered: on one hand the market for manufacturing, selling and installation and on the other hand the market for maintenance and reparation of elevators, as a downstream secondary market with respect to the previous one because the existence of installed elevators is a prerequisite for a maintenance demand.

There is a close link between both markets, due to several factors: the first maintenance contract is usually signed at the time of the acquisition of the elevator, the legal obligation to register the maintenance contract, the user's feeling that the installation company has better knowledge of the product and so it is in optimal conditions to provide the maintenance service optimally.

After carrying out dawn raids and a thorough analysis of the market conditions, the CNC closed the proceedings due to the lack of evidence of an infringement of art 1 and 2 of the LDC, while the infringement of article 3, although being proved, had prescribed.

Consolidated jurisprudence and case law points out that refusal to supply necessary services or products to a consumer that operates in a related market can constitute an abuse of a dominant position under certain circumstances. In this case, some vertically integrated undertakings could have had a dominant position in a possible market of original spare parts of elevators. Hence, these undertakings could have refused to supply these products, thus, extending their dominant position to the related market of maintenance of elevators, where they were active as well, foreclosing the market to their competitors, in particular, to non-vertically integrated companies active only in the maintenance market. Nevertheless, if

³ Case PELIKAN /KYOCERA.

⁴ See also merger Case 108/07 ORONA/ASCENSORES GASTEIZ.

⁵ The conduct analyzed was the result of information collected by the CNC as part of its monitoring of concentration operations, and consultations and complaints of some agents and consumers.

the market had been widely defined as a market of spare parts of elevators (without the premise of being original), the dominant position would have not existed.

The case law⁶ sets some criteria to consider whether this behaviour can constitute an abuse of dominant position: (i) the product should be essential to compete in the related market, (ii) there are no alternative sources of supply, (iii) the refusal must have a significant impact in the affected market and (iv) there is no objective justification for the refusal to supply.

After having studied the market, it was concluded that repair companies in the elevators sector obtained original spare parts within a reasonable delay, and what is more, it was possible to buy spare parts from other on line distributors so there were no clear grounds for a refusal.

In this case, the importance of market definition laid in the fact that dominance was only possible if a very narrow market definition was considered, in this case, the market for the supply of original spare parts.

This sector has traditionally been subject to examination by competition authorities also through other advocacy tools due to the competition problems raising from its business structure and the impact of those problems on end consumers. Indeed, the elevators market was treated in a recent report by the Spanish Competition Authority⁷ that analyses the structure and competitive dynamic of the lift maintenance and repair market.

The report reflects the fact that the lift maintenance business in Spain is characterised, fundamentally, by a high degree of concentration of the supply, an exceptionally limited movement of customers between maintenance companies and a high level of specialisation of the main undertakings in the maintenance of their own installed lifts, so that, very often, the company that installs a lift is the same company that continues to maintain it indefinitely. This characteristic constitutes the main obstacle to the development of effective competition in this market acting as a high economic barrier to entry for non-vertically integrated companies.

The analysis carried out in the report concludes that this situation is due to the interaction of a series of factors, which include in particular the following: the fact that the first maintenance contract is normally signed between the installer and the developer or builder of the building; the generalisation of certain contractual practices that have a bearing on the lengthy duration of the contracts; the dependence of many maintenance companies on the supply of certain tools and spare parts by the company that installed the lift and an end demand for maintenance services that is very fragmented and lacking in specialisation. In addition, there are certain inefficiencies deriving from both national and regional rules and regulations that govern the conditions for accessing this activity acting as legal barriers to entry in these markets. Thus, some regulatory recommendations were also made in the report in order to speed up competition in the lift markets.

2.2 Market definition under merger market share thresholds

As it has already been noted, market definition is especially important in the analysis of merger cases in Spain, because it allows to know if a merger operation should be notified or not, due to the fact that Spanish Competition Act has two thresholds: business turnover and market share threshold. Specifically,

⁶ Case 513/2001 TUBOGAS/REPSOL.

⁷ <http://cncintranet.competencia.age/DP/SE/Lists/Novedades/Attachments/6/Informe%20mantenimiento%20ascensores.pdf>

all mergers giving rise to aggregated market shares in the relevant affected markets equal or above 30% must be filed in.

The market share threshold rationale stems from critical economic sectors and markets where total turnovers might be low though being highly concentrated. Under these circumstances, merger control becomes essential to avoid the strengthening of dominant positions or a substantial lessening of competition in any other way. Otherwise, such overlaps leading to reinforced market power would go unnoticed for the competition authority.

Thanks to this second threshold some transactions with relatively little turnover, but important resulting market shares, are thus analysed, which in some cases, like the one shown below, led to prevent future competition concerns.

Box 3. Case M/5969-SCJ/SARA LEE

The merger transaction was notified to the Spanish Competition Authority on 7th July 2010. The transaction had to be filed in two Member States, namely Spain and Portugal, due to market share thresholds. Both Parties were active in the markets for the production and marketing of household insecticides in Spain as well as in other member states.

In Spain, according to the Parties, the combined market share in an overall market of household insecticides was above 30% with an overlap of more than [10%-20%]. In a potential sub-market for anti-moths, the Parties combined market share was above 30% with an increment of [10%-20%]. In a potential submarket for insecticides against flying insects, the Parties combined market share was above 30% with overlapping [10%- 20%].

Spain requested the referral of the case to the European Commission as the operation threatened to significantly affect competition in Spain and affected trade between Member States. Other Member States joined the request, even though these countries lacked jurisdiction on the basis of single turnover thresholds.

The European Commission accepted the referral and analysed the concentration, identifying serious doubts as to the compatibility of the notified transaction with the internal market and adopted a decision to initiate proceedings opening a second phase investigation. Finally, the notifying party withdrew the transaction.

Moreover, a market share threshold might be a very meaningful market indicator in evaluating possible competition concerns in terms of market concentration and market power, and, in some markets, it contributes to describe market structure better than business turnover on its own. Indeed, there might be mergers giving rise to high degree of concentration despite low aggregated turnovers. As mentioned before, albeit certain criticisms mainly based on legal uncertainty regarding market definition and shares, the market share threshold has allowed in the past the identification and control of some transactions leading to competition concerns, which were addressed through commitments and would have fall short otherwise⁸.

Nevertheless, there are some corrective mechanisms such as a *de minimis* formula (for target turnover below 10M Euro, were the aggregated market share threshold is raised up to 50% or above) to avoid the notification of transactions that clearly do not have an impact on the market, and the pre notification and consultation formulas which reduce uncertainty about the relevant affected markets and, thus, the need to notify a given transaction. In addition, the majority of the mergers filed in Spain follow a simplified procedure (90% in average), getting clearance before the one-month deadline. Therefore, the double

⁸ See also case M.5675 SYNGENTA/MONSANTO.

threshold combines flexibility and thorough analysis of markets with low turnovers but with high degrees of concentration, but without leading to unnecessary delays in the procedure.

2.3 *Market definition in regulated sectors*

Some difficulties can be found as well when defining the market in sectors that are heavily regulated. This is illustrated by Case S/638/08 GAS NATURAL regarding the gas sector which, apart from being a heavily regulated market, it is framed in a network sector.

Box 4. S/638/08 GAS NATURAL

In March 2005 the Spanish Energy Regulator (CNE) submitted a Report on possible anticompetitive practices following a formal complaint by GAS ALICANTE SAU (GA) regarding GAS NATURAL SDG's (GN) refusal to give GA access to its distribution network in 2003.

Having defined the relevant affected market as the market for distribution of natural gas, the Investigations body of the Spanish Competition Authority (which has been replaced by the Investigations Division) dismissed the charges in 2006. Nevertheless, in 2007 the former Competition Tribunal (replaced by the CNC Council) declared void the dismissal and stressed the need to redefine the market. Finally, after adopting a narrower market definition, the market of access to distribution networks, the CNC Council declared GN had abused its dominant position in this specific market, thus infringing article 6 of the Spanish Competition Act (equivalent to 102 of the EC Treaty).

Gas transmission and distribution networks are required by law to give third parties access (TPA) to their network. According to the regulation, transmission networks (>16 bar⁹) should be connected preferably to a transmission network but they can be connected to distribution networks (<16 bar) if there is enough supply capacity according to technical and economic criteria, so that when the distribution network has free capacity of supply, and the basic network of transport is further away, the distribution network should allow the connection of other undertakings, avoiding the unnecessary duplication of these connections. To this respect, GN is the owner of the majority of the distribution network <16 bar.

The CNC Council stated that GAS NATURAL held a dominant position in the local market for access to a transmission network given that the only alternative (connecting to a transmission network) was not economically viable, according to the energy regulator's report on the case.

So, in this case, the definition of the relevant market was crucial in order to determine if GN had a dominant position and thus to evaluate if the refusal of GN to provide access to its gas transmission and distribution networks to GA in two regional areas, Elda y Albufera, near Alicante, was an abuse of its dominant position. Hence, the Spanish Competition Authority found that GN had abused of its dominant position in the local market for access to a transmission network given following the essential facilities doctrine.

In the above mentioned case, the possible existence of an abuse of dominant position by Gas Natural depended heavily on the definition of the relevant market, given the characteristics of the gas supply, which involves the distribution, transport, commercialization and consumption of the gas, each one with its own market-structure. The analysis of the abuse previously required specifying the relevant market where the conduct was developed. The market was finally defined as the local market for access to a transmission network. Regarding this matter, as the Council of the CNC established, *"it is more suitable to study the facts that had motivated the initiation of the disciplinary proceeding (...) in the market of access to distribution networks of 4 to 16 bar (which are dual networks: transmission and supply to industrial*

⁹ The bar is a unit of pressure defined as 1,000,000 dynes per square centimeter. It is about equal to the atmospheric pressure on Earth at sea level.

customers) instead of market for distribution of natural gas". The consideration of this specific relevant product market was based on the fact that "the distribution of natural gas requires various activities in the up-stream market without which it would not be possible to carry out the final gas supply to a certain consumer; the activities are basically the product supply and the connection with the infrastructure here the product flows".

The Spanish Competition Authority concluded that GN had abused of its dominant position in the local market for access to a transmission network given it refused the complainants access to its network which was objectively necessary to carry out business in the downstream market for gas supply.

3. Some concluding remarks

The recent experience of the Spanish Competition Authority reflects the existence of cases where market definition becomes an extremely difficult task as well as a core element for the final enforcement decision.

Market definition is crucial to competition practitioners, and even more so in jurisdictions subject to market share thresholds to assess whether a merger should be filed in or not. Likewise, market definition is decisive to the correct enforcement of Article 102, for instance in aftermarket cases, in which market definition is the key to decide on the existence of a dominant position prior to proving the abuse.

However, market definition is not an end by itself but a mean to better set the context of analysis in which product and geographic market borders could obviously be complemented and better drawn through the use of other methods that actually add value to the analysis.

Furthermore, it should be pointed out that market definition is no static concept that remains once established for specific sectors or cases through case law, but a concept that should evolve with market changes, especially in very innovative markets as well as in those sectors depending heavily on fast-moving regulation.

Finally, the consideration of a market definition as a concept does not exclude the use of other techniques and assessments, which should be considered complementary. As it is said in the review of article 102 EC, it is necessary to rely on a variety of methods for checking the robustness of possible alternative market definitions.

SWEDEN

In this contribution, the Swedish Competition Authority (SCA) focuses on issues pertaining to market definition and effects analysis that arose in a recent merger case, *Eniro/Teleinfo*. In particular, the note will discuss alternative methods based on the UPP-methodology to analyse the effects of horizontal mergers in markets where market boundaries are difficult to draw.

In several recent merger investigations, the SCA has found UPP-style analysis to be an efficient method for assessing mergers.¹ The analyses have required less information than full merger simulations, and they offered a useful guide to the likely price effects of the mergers. Moreover, the analyses were more transparent compared to both simulation and market delineation.

The SCA concludes that a thorough understanding of consumer behaviour is required to draw accurate inferences from the results obtained by these methods. The assessment of claimed efficiencies also plays an important role. Furthermore, market delineation serves a useful, complementary, role in the analysis.

1. The merging parties

Eniro 118 118 AB (Eniro) is Sweden's largest directory enquiry service provider, providing directories with telephone numbers and addresses in several European countries. Its information is collected in a database which is made available through an internet- and mobile service (the so-called online segment), a printed telephone directory, and a paid enquiry service via telephone and sms (the voice segment). The global turnover for the entire group was 560 million Euros in 2010, of which about half pertains to Sweden.

Teleinfo Brahegatan AB (Teleinfo) started in 2006 and operates only in Sweden. The company also provides the directory enquiry service via telephone and sms. The parties' business overlaps horizontally with respect to their operations within the voice segment. The total turnover of Teleinfo was about 8 million Euros in 2010.

2. Market definition

With a relevant product market defined as voice, Eniro had a market share about [60-75] per cent in 2010, while Teleinfo's market share was about [5-20] per cent. There was only one more provider of voice of significance. Defining the market as voice, the merger would therefore result in a marked increase in market concentration.

The demand for voice products has continually decreased in recent years due to the increase in online search via computers or smartphones. The increase in the use of mobile internet via smartphones and tablets has increased the reach of alternative channels for searching for information.² If sufficiently many

¹ Recent merger cases where the SCA has applied these methods are *Office Depot/Svanströms* (2011), *Arla/Milko* (2011), *Cloetta/Leaf* (2012), and *Eniro/Teleinfo* (2012).

² The smartphone penetration in Sweden was 52 per cent in 2011.

users of voice were willing to substitute to online search following a price rise on voice, then the relevant market could be defined as voice and online together, in which case Eniro's and Teleinfo's market shares would be quite low.

3. Key inputs to UPP-analysis

Due to the distinctive features of the voice product the SCA assessed the likelihood of unilateral effects for the concerned market using the method of UPP-analysis. The UPP-approach focuses the analysis on the variables that matter the most: diversion ratios (i.e. how close competitors the merging parties are), gross margins, and efficiencies. The UPP is a relatively simple method which requires less information compared to a merger simulation. One of the shortcomings of the UPP-analysis, however, is that it is not able to predict the magnitude of competitive effects. Hence, the SCA complemented its analysis by calculating an IPR (Indicative Price Rise) index.

3.1 *Diversion ratios*

The first key input, the diversion ratio, measures the fraction of lost customers who turn to the rival (merging partner) if the price rises. In *Eniro/Teleinfo*, the SCA obtained diversion ratios by carrying out a survey. The SCA measured the share of customers who chose another product (or another channel through which they look for information) if the voice service they had used were to have become unavailable. In general, this so-called second choice answer reflects substitutability (cross-price elasticity over own-price elasticity) and is suitable for revealing which products are close competitors in a market.

The survey showed a high diversion from voice to online, which was defined as internet searches using computers, smartphones, or tablets. It also showed significant diversion between the voice operators, especially from the smaller of the merging parties, Teleinfo, to the bigger party, Eniro.

3.2 *Margins (Gross profit margins)*

A firm's profit margin reflects the firm's own-price elasticity (through the Lerner equation). If a firm can uphold a high gross margin prior to a merger, the firm evidently believes that demand for its product is not very sensitive to price. The SCA's calculated the pre-merger margin based on data provided by one of the merging parties.

3.3 *Efficiencies*

To the extent that the merger can lead to a lower marginal cost of producing a product, efficiencies provide an incentive for the merged firm to lower the price of that product. The parties argued that the merger would give rise to efficiencies for Teleinfo's products. Efficiencies need to be claimed and specified in good time so that authorities are able to assess them thoroughly. Given their importance to quantitative analysis such as UPP it is important to develop a systematic method for assessment. In addition, the results from the IPR test relied upon assumptions concerning elasticity of demand and symmetry between the merging firms. If these tests are to be used as more than a screening device, a rigorous analysis on buyers' behaviour as well as the firms' price setting behaviour should be done to obtain more accurate inferences from this method.

4. The hypothetical monopolist-test

To define the relevant market the SCA calculated whether a hypothetical monopolist could impose a small but significant, non-transitory increase in price ("SSNIP") on at least one product in the market.

The SCA started the hypothetical monopolist test with the type of products that both Eniro and Teleinfo sell, voice products, as the candidate market. The parties argued however that the test should be started from Teleinfo's voice product only, and that the substitute with the highest diversion, online searches, should be added prior to adding other voice products. The SCA rejected this argument. Online search is an amalgamation of many different products, the more products that are grouped together, the higher diversion this group will naturally show. In addition, the initial candidate market must include the types of products that the parties sell.

The SCA concluded that the hypothetical monopolist test, based on diversion ratios from a survey, tends to underestimate the size of a profitable SSNIP if only the price of one of the products in the candidate market was assumed to increase (unilateral price increase), while the test tends to overestimate the size of a profitable SSNIP if prices of all products in the candidate market were assumed to increase (uniform price increase). Hence, the SCA estimated both types of increases and considered them as the lower and upper bounds of the SSNIP.³ These bounds exceeded the threshold 5 -10 per cent indicating that voice itself can be a relevant product market.

5. Signing the effect of the merger: UPP

The SCA applied UPP-methodology to evaluate the unilateral effects of Eniro's merger for Teleinfo. The UPP-analysis is specified as the measures, GUPPI (*Gross Upward Price Pressure Index*) and UPP (*Upward Pricing Pressure*). The UPP index evaluates net effects of two opposite forces of a horizontal merger.⁴ In one hand the merger gives an incentive to increase the price due to the elimination of competition between the merging parties. On the other hand, a merger-specific reduction in marginal cost such as merger-specific synergies or economics of scale can drive the price downward. If the former exceeds the latter, the UPP index is positive and exceeds the certain threshold, the merger is likely to be problematic. This test should be performed to both parties in order to evaluate potential incentives to increase the prices. The UPP index shows, however, little about the actual magnitude of competitive effects.

Similarly, the GUPPI, which evaluates the gross effect of the loss of competition, is an indicative measure of the size of efficiencies that is required in order for the merging firms not to raise the price after the merger.⁵ GUPPI is mainly used as an indication of whether the required efficiencies seem plausible.

The SCA's analysis showed a significant gross upward pressure effect on the pricing on the smaller party's, Teleinfo's, product.

6. Quantifying the effect of the merger: IPR

The measures of unilateral effects, the UPP and the GUPPI, showed whether the merger was likely to have anticompetitive effects or not, but they did not give information about the magnitude of these effects. To quantify the likely price rise following the merger of Eniro, the SCA calculated an Indicative Price Rise (IPR).

³ The SSNIP for unilateral price increase of a hypothetical monopolist under the assumptions of linear demand function and identical margin is $SSNIP = MA$, where M and A denote a margin respective an aggregate diversion ratio. The equivalent for uniform price increase is $= \frac{MA}{1-A}$.

⁴ The UPP is calculated as $UPP = (\text{diversion ratio}) * (\text{margin}) - (\text{efficiencies})$.

⁵ GUPPI is calculated as $GUPPI = (\text{diversion ratio}) * (\text{margin})$.

The IPR is a simple tool to estimate a potential price and requires a limited amount of information, namely diversion ratios and margins of the respective. However, the IPR relies upon assumptions about the curvature of demand and that third-parties do not change their pricing.

In order to obtain inferences about the likely price effect the SCA performed the IPR test under various assumptions about the curvature of demand and symmetry between Eniro and Teleinfo. Linear demand gives smaller price rises than constant elasticity demand and they are often taken as lower and upper bounds.⁶ What realistic assumptions on the demand form depends on the characteristics of demand that each merging firm faces. In the case of Eniro/Teleinfo, separately obtained price and quantity data indicated to the SCA that even constant elasticity of demand was unlikely to overestimate the price rise. Based on the IPR indicators the SCA then concluded that the price of Teleinfo's product would increase by a substantial amount. Other evidence pointed to very high entry barriers, as well as limited price substitution between voice and online services.

Based on the experience in Eniro/Teleinfo, as well as other merger cases where similar analysis has been carried out, the SCA found that the results from the UPP and IPR test, when combined with other analyses that point in the same direction, provides informative evidence concerning competitive harm.

When the SCA announced its intention to issue a summons of application to the Stockholm City Court requesting that the transaction be prohibited, the parties decided to abandon the merger.

⁶ The IPR under assumptions of linear demand and symmetry in diversion ratios and margins is $\frac{\Delta p}{p} = \frac{md}{2(1-d)}$. If information about efficiencies is available, the IPR is calculated as $\frac{\Delta p}{p} = \frac{1}{2} \left(\frac{md}{1-d} - E \right)$, where E denotes efficiencies. Under the assumption of the constant elasticity demand and symmetry in diversion ratios and margins, the IPR is calculated as $\frac{\Delta p}{p} = \frac{md}{1-m-d}$.

SWITZERLAND

1. Introduction

The Swiss Competition Commission and its Secretariat (together: ComCo) uses market definition in all merger review procedures as well as in all other antitrust cases. In fact, an attempt to deviate from this doctrine has been revoked by the instances of appeal nearly a decade ago. In a merger case in 2004, when a joint venture of two newspaper publishers wanted to buy a free daily newspaper, ComCo argued that market definition was only a tool which – together with other criteria – helps to analyze market power and its alteration.¹

Since the review procedure of ComCo resulted in a blocking of certain parts of the proposed merger project, the parties appealed against this decision which gave the first instance of appeal an opportunity to comment on the role of market definition. It stated that the assessment of a merger always requires the definition of a relevant market since this is the only approach allowing to answer the question of whether or not competition in the relevant market is restricted or eliminated. At the time, ComCo's prohibition was repealed, a decision which was later confirmed by the Federal Supreme Court. Also the Federal Supreme Court advanced the view that to answer the question whether effective competition is restricted/eliminated or not the relevant market [always] has to be defined.²

From a legal point of view, these unambiguous statements by the instances of appeal did not come as a complete surprise. The relevant articles in the *Swiss Cartel Act* (CartA) leave very little margin for interpretation: the concept of dominance is directly linked to a specific market (art. 4 para. 2 CartA); likewise, when dealing with unlawful agreements (horizontal and vertical), the Cartel Act refers to agreements restricting competition in a market for specific goods (art. 5 para. 1 CartA). The concept of the relevant market is thus firmly embedded in the Swiss legislation and judicial practice.

Furthermore, since the revision of the *Swiss Cartel Act* in 2003 ComCo is allowed to pronounce direct sanctions. The *Ordinance on Sanctions imposed for Unlawful Restraints of Competition* (CASO) specifies in art. 3 that the basic sanction shall amount to a maximum of 10 per cent of the turnover achieved by the undertaking concerned in the *relevant markets* in Switzerland during the preceding three financial years. Thus, the definition of relevant markets is a precondition for the calculation of sanctions in Switzerland. Consequently, in all cases where ComCo pronounces a sanction, market definition simply cannot be avoided.

In sum, although ComCo is well aware of the potential methodological problems as pertaining to market definition, Swiss competition law leaves very little room to replace the concept of “classical” market definition.

¹ Decision *BZ/20 Minuten*, LPC 2004/2, pp. 529.

² Decision *A.327/2006*, LPC 2007/2, pp. 335.

2. General comments on market definition

Before dealing with some specific difficulties in the process of market definition four general remarks may be appropriate:

First, although market definition in Switzerland may not completely be replaced with alternative concepts, all new tools supporting the delineation of relevant markets are embraced by ComCo. In other words, while the delineation of relevant markets seems to be an unavoidable task, there are no (legal) provisions specifying a concrete method which has to be applied for market definition. Thus, ComCo is open to the use of all available and implementable analytical methods to motivate a specific market definition or to evaluate the competitive effects of a merger or other restraints of competition.

Second, the *Swiss Cartel Act* does not know any *per se* illegalities. Even for hard-core cartels Swiss competition law only formulates a presumption that effective competition is eliminated. Consequently, to sanction unlawful restraints of competition or to block a merger, ComCo regularly must conduct a complete assessment of the competitive effects, i.e. accounting for constraints inside and outside of the relevant market. It is well known that, from an economic perspective, it should not matter whether all competitive forces capable of disciplining firms are already included in the defined market or in the follow-up analysis of potential competition. Thus, as long as a complete analysis of the competitive effects is conducted, an “imprecise” market definition by no means implies wrong results.

Third, there is a further argument why market definition is in many cases not a decisive element: often it can be shown that, even when assuming very narrow markets, anti-competitive effects of a restraint or a merger can be excluded. The determination of the “correct” relevant market then becomes redundant because in any wider market anti-competitive effects are even smaller. In other words, potential methodological difficulties involved in market definition need not to be addressed in detail.

Fourth, an institutional argument in favor of market definition may be brought forward: in particular in the context of mergers, “quick look procedures” – based on prior market definitions – can be established. In other words, the practice of defining markets may help to implement efficient and time-saving preliminary review procedures. Likewise, prior market definitions may constitute a useful tool for firms and their consultants when assessing whether a merger project should – from a competition law point of view – be considered as problematic or not.

3. Specific problems of defining markets

When defining markets, the practice of ComCo consists in implementing a pragmatic approach, i.e. ComCo primarily relies on statements by market participants, which are subsequently – whenever possible with empirical methods – tested and verified. The following cases illustrate the practice of ComCo, when dealing with specific problems of market definition. First, a common and well-known problem, namely the definition of markets when faced with differentiated products is described. Second, specific problems resulting from vertical settings are addressed, in particular the interaction between wholesale and retail demand. Thirdly, problems of forward looking market definitions are exemplified by a recent case. Finally, some issues related to the market definition in two-sided markets are discussed.

3.1 Differentiated products: ASCOPA and Leased Lines

In practice, most goods are differentiated to a certain degree, whereas homogenous products can only be considered as a theoretical proxy. Thus, market definition in most cases involves finding approximately homogenous groups of differentiated products, which according to the legal provisions, constitute a separate relevant market. Therefore, from ComCo’s perspective, the handling of differentiated products in

the market definition exercise is to be considered the rule rather than the exception. Though, in some cases this issue may be more prominent than in others.

An interesting example is the ASCOPA³ case which involved strongly differentiated products. In particular, ComCo investigated whether the sharing of price information between several manufacturers of beauty products via their industry association ASCOPA constitutes a significant restraint to competition. As to the relevant market, the main difficulty was to decide whether the luxury branch of products belonged to the same relevant product market as mass market products. ComCo found for three lines of products, namely perfume, make-up and care products, strong evidence for the existence of different relevant markets for luxury and mass products.

The first indication for this distinction was different distribution schemes. Luxury products were selectively distributed in less than 500 selected stores, whereas mass market products typically could be purchased at several thousand points of sale. More evidence was gathered from the differences in branding between the two product categories: in the luxury branch, for example, a much higher percentage of turnover was spent for advertising and branding as in the market for mass products. A similar pattern emerged for the costs of packaging which – in the luxury branch – constituted a much higher percentage of overall costs. Finally, the analyses of prices did not indicate a significant correlation between luxury and mass market products.

In other cases, notably in telecommunications, ComCo could not establish such a clear distinction between different product categories which resulted in the definition of a single market embracing a wide range of differentiated products. As good example the market for leased lines⁴ may serve: in this business telecommunication service providers demand point-to-point connections with a certain capacity from infrastructure owners. Even though the demand for bandwidth stretches over a wide range, ComCo could not establish a clear gap in the chain of substitution which would justify the definition of separate product markets.⁵

Of course, setting market boundaries in the case of differentiated products always involves certain discretion. However, as mentioned above, as long as the mutual competitive constraints from different markets or market segments are accurately taken into account within the competitive analysis, such discretion should not substantially change the outcome of an assessment.

3.2 Vertical settings: *Gaba* and “Fiber to the Home” (FTTH)

In several recent decisions, ComCo focused on the pursue of vertical agreements, shaping its judicial practice with several key decisions. Typically, vertical restraints are agreed between producers and retailers, i.e. in up-stream markets. In terms of market definition, the practice of ComCo consisted in deriving the retailers’ demand directly from consumer demand. Differences between consumer and wholesale demand only entered the analysis when defining the geographic relevant markets. ComCo argued that for retailers the geographic scope of the markets may be substantially larger than for consumers.

³ Decision *Ascopa*, not published yet, available on <http://www.weko.admin.ch/>.

⁴ Expert Opinion of ComCo - Report *Leased Lines*, LPC 2008/4, pp. 751.

⁵ The market definition for leased lines was lately confirmed by the Federal Administrative Court (decision A-2970/2010).

The Gaba⁶ case may be illustrative in this context. The case dealt with vertical restrictions regarding parallel imports of a specific brand of toothpaste. The starting point for the (up-stream) market definition, was an assessment of consumer demand, i.e. the concept of derived demand was applied for product market definition. With respect to the geographical market definition, differences in the demand structure in the up- and down-stream market were however taken into account. As a result, ComCo defined a national wholesale market, whereas the retail market was considered to be local.

In contrast, the “Fiber to the Home” (FTTH) investigation⁷ required a separate treatment of wholesale and retail level, because wholesale demand is typically strongly constrained by technological characteristics of the telecommunications infrastructure. While consumers simply demand internet access in a certain quality, i.e. independent of the specific infrastructure, telecommunication companies often base their services on distinguished access infrastructures. In this case, ComCo therefore did not apply the concept of derived demand and defined a relatively narrow relevant (wholesale-) market for local physical access to fiber based networks. The vertical relationship between wholesale- and consumer-market, i.e. the *indirect* effects which the latter exerts on the wholesale-market, was however addressed in a general competitive analysis.

3.3 *Forward-looking market definition*

The FTTH investigation raised another interesting issue concerning market definition as it comprised an *ex ante* assessment of cooperation agreements between regional electricity companies and the former telecom state monopolist *Swisscom*. In this context it is important to note that the *Swiss Cartel Act* allows under art. 49 para. 3 let. a CartA for the announcement of potential restrictions of competition (so called *opposition proceeding*). After opening an opposition proceeding, ComCo must decide within five months whether or not to open an official investigation. If no investigation is opened, the announced restraint is exonerated from sanctions. Consequently, as the restriction or elimination of effective competition must be ruled out *ex ante* for the entire duration of the announced restraint, the definition of the relevant market also must embrace future possible developments. For the FTTH investigation, the cooperation agreements were setup for roughly 30 years, which – in any event – is an extreme long time span for a forward-looking market definition.

Due to the *ex ante* nature of the opposition procedure, the controversial question of whether or not different network technologies such as copper and coaxial lines constitute a substitute for optical fiber lines needed to be addressed. As mentioned above, in the wholesale market ComCo denied such substitutability: in the course of the next 30 years (most probably much earlier) copper and coaxial technologies are not likely to keep up with consumer demand for broadband capacity. Therefore, in the long run, alternative infrastructures neither seem to constitute a direct substitute for local access to fiber networks, nor do they directly constrain the network owners via consumer demand.

In sum, the FTTH case shows that instruments, such as the Swiss opposition proceeding, which force competition authorities to predict competitive effects in the remote future, may cause serious problems and raise difficult questions in the context of market definition. It is simply in most cases outside of the scope of a competition authority to correctly anticipate preferences of consumers, technological development etc. in the long run.

⁶ Decision *Gaba*, LPC 2010/1, pp. 85.

⁷ Opposition proceeding *FTTH*, not published yet, available on <http://www.weko.admin.ch/>.

3.4 Two-sided markets: Payment cards

The theory of two-sided markets has been embraced by ComCo, though it was only explicitly applied to a few cases so far. Most prominently the issue was adopted for the investigation concerning *Multilateral Interchange Fee* (MIF) in credit and debit card markets.⁸ Other examples of the application of two-sided markets dealt with media markets, where the links between readers and advertisers through the media platform were explored.⁹

As mentioned in the introduction, the legal provisions basically request ComCo to treat the relevant markets on both sides of a platform separately. The definition of the relevant market always has to be conducted from the perspective of the direct opposite market side; therefore, interdependences between demand on the two sides of the platform elude the analysis at this stage. However, as mentioned above, they are usually addressed in the stage of assessing competitive forces in the defined relevant markets.

In the Credit Card case, in the stage of market definition, the links between the two sides of the market were mentioned but not specifically taken into account. However, in the subsequent analysis of the competitive constraints present in the two markets, interdependences were carefully addressed. In the media cases the links between the two sides of the market were usually paraphrased as “reader-advertisement-spiral”. Only recently, ComCo – for the first time – directly referred to two-sided markets in the context of media markets.¹⁰ Again, the notion of two-sided markets was not introduced at the stage of market definition but subsequently, when the competitive effects were analyzed. By carefully considering all potentially disciplining forces in- and outside the defined relevant markets, the overall assessment should generally compensate for possible shortcomings in the market definition stage.

4. Summary

The legal framework of the Swiss Cartel Act obliges ComCo to conduct both, a definition of the relevant market and an analysis of all competitive effects. The attempt to deviate from the practice, to always conduct a market definition, was rejected by the higher instances. However, as long as all competitive constraints are taken into account for the competitive analysis, the outcome of the assessment should not depend on the question whether or not a “classical” market definition is conducted.

⁸ Decision *Kreditkarten - Interchange Fees*, LPC 2006/1, pp. 85. For a description of this case, see also the Swiss contribution to the OECD roundtable on two-sided markets in 2009.

⁹ Decision *Tamedia/PPSR*, LPC 2009/3, pp. 318.

¹⁰ Expert opinion of ComCo - Report *TV „Ostschweiz“*, RPW 2011/3, pp. 468.

TURKEY

Introduction

Market definition, is a sine quo non condition for effective enforcement of competition law and policy in Turkey as it is the case in almost all jurisdictions. Especially in concentration and unilateral conduct cases, defining relevant market is the very first step before examining whether a concentration or a particular conduct creates a dominant position and/or results in an abusive behavior; or whether a particular conduct of a dominant undertaking leads to an abuse. In this sense, the goal in defining a market (in both product and geographic dimensions) is to ascertain the extent to which competitors have the power to restrict the behavior of the undertakings in question, and to prevent those from behaving independently of an efficient competitive pressure.

Thus, relevant market definition is of particular importance for the implementation of articles 6¹ and 7² of the Act No. 4054 on the Protection of Competition (Turkish Competition Act) respectively on abuse of dominant position, and mergers³. Market definition may also be used for the application of articles 4 and 5 of Turkish Competition Act⁴.

In general, in competition law and policy enforcement, the concept of relevant market is somewhat different from concepts used to express a market in other areas. For that reason, the Turkish Competition Authority (the TCA) published the Guidelines on the Definition of Relevant Market⁵ (the Guidelines) to state the method used for defining a market and the criteria followed for taking a decision by the Competition Board, in order to minimize the uncertainties undertakings may face.

According to the Guidelines, a market definition for a concentration analysis which is an *ex ante* study may be different from the one made for an *ex post* analysis. Furthermore, it is possible to define market differently owing to considering changing circumstances which may affect consumer preferences, sales regions and product prices.

¹ The article 6 of Turkish Competition Act states that: “The abuse, by one or more undertakings, of their dominant position in a market for goods or services within the whole or a part of the country on their own or through agreements with others or through concerted practices, is illegal and prohibited”.

² The article 7 of Turkish Competition Act states that: “Merger by one or more undertakings, or acquisition by any undertaking or person from another ... with a view to creating a dominant position or strengthening its / their dominant position, which would result in significant lessening of competition in a market for goods or services within the whole or a part of the country, is illegal and prohibited.”

³ Accordingly, secondary legislation also necessitates market definition in order to make a proper analysis. For instance, article 13 of the “Communiqué Concerning the Mergers and Acquisitions Calling for the Authorization of The Competition Board (Communiqué No: 2010/4)” states that in assessing mergers and acquisitions, the structure of the relevant market, actual and potential competition among undertakings, and other issues shall be taken into account.

⁴ The article 4 of Turkish Competition Act states that: “Agreements and concerted practices between undertakings ... which have as their object or effect or likely effect the prevention, distortion or restriction of competition directly or indirectly in a particular market for goods or services are illegal and prohibited.”

⁵ The Guidelines can be reached at: <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz8.pdf>.

With respect to merger cases, the Guidelines also states that the first step in market definition is assessment of demand substitution effect of a proposed merger. Supply substitution may also be taken into account if it has an equivalent effect as for demand substitution. However, supply substitution is not generally taken into consideration for market definition as potential competition may not yield quick results.

However, in cases where the transaction in question does not seem to pose concerns for competition considering alternative market definitions in terms of both product and geography, or in case where there are crystal clear competition distorting effects for all possible alternative definitions, then it may not be necessary to make a particular market definition.

1. The tests used for defining the relevant market

The TCA attaches importance in the implementation of the Guidelines while conducting its relevant market analyses and emphasizes the importance of considering the notions of demand and supply substitution among products and regions.

The quantitative techniques used by the TCA to define relevant markets are price correlation test, shipment test (Elzinga-Hogarty test) and hypothetical monopolist test (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices - SSNIP).

The price correlation test was used in defining the relevant market in *Cadbury Schweppes/Intergum*⁶ merger case. The weak correlation between prices of different types of chewing gums was considered as supportive evidence to the qualitative assessment about the relevant market definition. As a result, it was decided that the product types like “chewing gum with sugar”, “sugar-free chewing gum” and “chewing gum with sweetener” are in different relevant product markets.

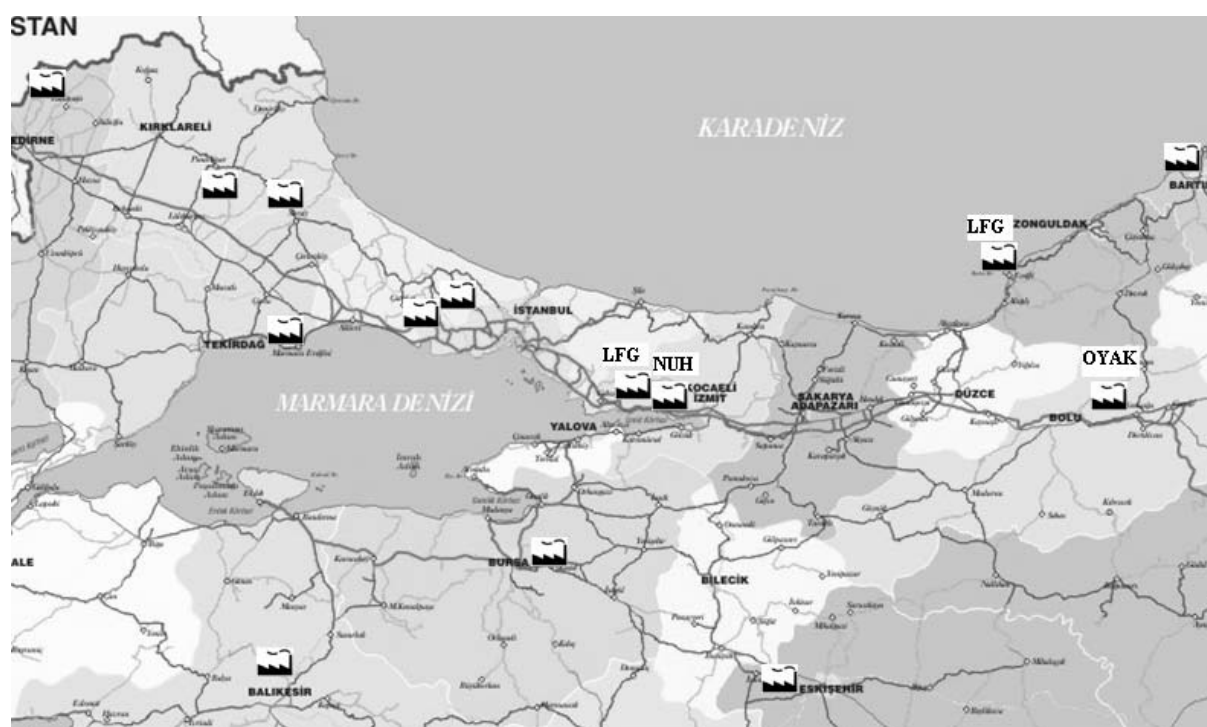
The Elzinga-Hogarty test assesses whether significant product flows are present between two regions. In particular, the Elzinga-Hogarty test states that a certain region can constitute a distinct geographic market if a significant proportion of the consumption in that region is provided locally and a significant proportion of the production in that region is consumed locally. The TCA used this test in several cases⁷ and generally used 80 % as the threshold for what constitutes “the significant proportion”. Most of these cases were related with the cement industry.

The TCA used SSNIP test to define the geographic market in a horizontal merger case (*Oyak Çimento-Lafarge*⁸; *Oyak Cement-Lafarge*) and sought to find the smallest market within which a “hypothetical monopolist” can raise the price of a product by 5% to 10 % for at least one year without customers switching to substitutes or without customers switching to similar products in a different location. In this case *Oyak Çimento*, a cement producer located in city of *Bolu* aimed to acquire two plants of its rival undertaking *Lafarge*. One of these target plants was located in city of *Izmit* which is 151 km to the east of city of *Bolu*. The other plant of *Lafarge* is located in city of *Ereğli* which is 159 km to the northwest of city *Bolu* and is a part of city of *Zonguldak*.

⁶ Dated 23.08.2007, numbered 07-67/836-314.

⁷ Dates and numbers of the decisions of the Competition Board on the relevant cases are as follows: 06.12.2007, 07-89/1130-441; 22.3.2007, 07-27/252-87; 28.4.2006, 06-31/379-96; 20.12.2005, 05-86/1190-342; 20.12.2005, 05-86/1192-344; 20.12.2005, 05-86/1194-346; 20.12.2005, 05-86/1189-341; 20.12.2005, 05-86/1188-340; 20.12.2005, 05-86/1187-339; 20.12.2005, 05-86/1191-343; 28.5.2002, 02-32/367-153.

⁸ Dated 18.11.2009, numbered 09-56/1338-341.



As a prior step to implement the SSNIP test, the own and cross demand elasticities of the products of these producers have been estimated econometrically. Then, the hypothetical monopolist test has been implemented separately for three regions using the estimated demand elasticities and predicted average costs of the plants.

While implementing the SSNIP test, an initial region that would be subjected to SSNIP test was chosen for each of the three merging plants. Since the acquirer *OYAK Çimento*'s plant was located in city of *Bolu*, the initial region included city of *Bolu* and the city situated immediately to the west of it, city of *Düzce*, where there does not exist a cement producer. Similarly, for *Lafarge* plant, which is located in city of *Izmit*, cities of *Izmit* and *Sakarya* (the city located immediately to east of city of *Izmit*) are included in the initial region to be tested. Therefore, the two cities which are located between the merging plants without having any cement producers in their own territory, namely cities of *Düzce* and *Sakarya*, have been considered in the hinterland of one or the other of the merging plants. The initial region for the third merging plant located in city of *Ereğli* is chosen as the whole city of *Zonguldak* which also includes city of *Ereğli*. Then, profits of the hypothetical monopolists operating in those initial regions were calculated before and after 10% price increase. The price increases were applied to all products that the hypothetical monopolists produce. The SSNIP for every three hypothetical monopolist resulted in increase in profits. This result suggested that the initial regions described above constitute relevant geographic markets for every three merging plant.

On the other hand, in some cases it is necessary to take into consideration some certain characteristics of the market. The TCA pays special attention to the market when that market shows some characteristics of two-sided markets or when there is a product differentiation in the market or relevant parties are vertically integrated undertakings.

2. Two sided markets

The TCA, in its definition of a two sided platform business, relies on the existence of two distinct groups of customers for the product, indirect network effects between these customers groups and an

intermediary internalizing the externalities created by one group for the other, as suggested in literature⁹. In that vein, several platform businesses were identified by the TCA¹⁰. In the previous decisions, the TCA identified online meal order service, television broadcasting, newspaper publishing and credit card businesses as having two distinct but interconnected customer groups and the business transaction between these groups constitute a network effect which can be utilized by the intermediaries in those cases.

When defining relevant market in two-sided platform businesses, several characteristics should be taken into consideration and analyses should be made accordingly. An example to this situation can be seen in the *Dogan Yayın Holding (DYH-Dogan Publishing Company)* decision¹¹. In this decision, the TCA found that the actions taken by DYH violated article 6 of Turkish Competition Act. The concern in the case is the methods that were adopted by DYH, who used the advertisement income channel which is a critical feature for the rivals to hold on to the newspaper publishing business. Through fidelity discounts to those who use DYH's advertising channel (namely advertisers), DYH put pressure on advertisers to use DYH's newspapers for their advertisements and this course of action was regarded as restriction of competition.

As it is known, newspapers have some characteristics, such as the distribution channel (nationwide, regional), content (political, sports, magazine) and period (daily, weekly and others), that differentiate these products from its counterparts. Although these features are very important and distinctive for the demand side of the business (for both readers and advertisers), the TCA considered them inter-related and non-homogeneous customer preferences led them to make heterogeneous decisions. For example, when an automobile producer intends to advertise its brand-new automobile, it mostly prefers several advertising channels to meet his expectations. This strategy includes preferring more than one newspaper's advertising space¹² and different types of newspapers (political, economics, sports etc.). Similarly, it is possible for this market to say that newspaper producers provide more than one feature in their products or in their product lines. Consequently, in this case, relevant market was defined as "(daily) newspaper advertising space".

⁹ EVANS, D. S. (2003), "The Antitrust Economics of Two Sided Markets", Yale Journal on Regulation, Vol. 20.

¹⁰ In its *Yemek Sepeti* decision (dated 20.9.2004, numbered 04-60/869-206), the TCA described an intermediary (a platform) which was defined as "online meal order service" and the presence of network effects was explained by the fact that more restaurants would be willing to register in the relevant internet portal, the higher the number of customers using that portal. In the same direction, the more customers would be willing to use the portal, the higher the number of registered restaurants.

Other platform businesses were labeled as being two sided by the TCA. In the *Star TV* decision (dated 25.10.2005, numbered 05-73/984-272), "nationwide television broadcasting businesses", and in the *Vatan Newspaper* decision (dated 10.3.2008, numbered 08-23/237-75), "nationwide daily political newspaper publishing business" were analyzed as two-sided platform business having two interdependent customer groups: advertisers and viewers in the first case, and advertisers and readers in the second.

The TCA also identified credit card market as being two sided platform business in its *World Credit Card Program Cooperation Agreement between Yapı ve Kredi Bank and Anadolubank* decision (dated 14.8.2008, numbered 08-50/727-286) having two distinct customer groups, namely cardholders and merchants.

¹¹ Dated 30.03.2011, numbered 11-18/341-103.

¹² Although this strategy depends on the advertising budget of the undertaking, it is possible to say that the higher the budget limit of advertising the more the advertising channels to be included in one's advertising channel portfolio.

3. Product differentiation

There are several ways of differentiating a product in terms of form, feature, performance, quality, durability, reliability, style and service. In this sense, the TCA considers product differentiation as an important element of defining the relevant market. In its decision on *acquisition of Burgaz by Mey İcki*¹³, the TCA made a comprehensive analysis of the products that is in the Burgaz's and Mey İcki's product line. These products include alcoholic drinks such as raki¹⁴, vodka, gin, liqueur and whiskey. The TCA first questioned the differences between alcoholic drinks, then tried to define the segmentation by quality comparing them with each other and taking preferences of the consumers into consideration. In this regard, the TCA examined the progress of alcoholic drinks' prices, compared the movements of demand to each alcoholic drink and tried to suggest a significant indicator whether these products can be substituted. Consequently, TCA decided that each of the alcoholic drinks (raki, vodka, gin, liqueur) constitutes separate product markets. The significance of this case is the TCA's view towards differentiated products and its distinctive definition of relevant product market for alcoholic drinks. In its previous *Burgaz-Mey İcki*¹⁵ decision, the TCA preferred not to define relevant product market considering the fact that defining a relevant product market wouldn't make any difference while evaluating the transaction. However, it should be noted that in this case, raki was distinctly separated from other alcoholic drinks.

4. Vertical integration

In some instances, the vertical integration issue may raise some questions whether market definition plays a central role in the case. Cement industry is a good example in this regard. In its *Antalya Cimento-Hazır Beton (Antalya Cement-Ready Mixed Concrete)* decision¹⁶, the TCA investigated cement and ready mixed concrete producers. The allegations included price fixing practices of four cement producers who were also producers of ready mixed concrete. What makes this case special is the ambiguity of defining the relevant market where the producers were alleged to fix prices. The main reason that leads to the ambiguousness is the positions of vertically integrated cement producers which can balance or transfer the (allegedly additional) profit margins to both cement or/and ready mixed concrete products. In its decision, the TCA defined both cement and ready mixed concrete markets as the relevant product markets, and investigated both cement and ready mixed concrete price/cost movements through a substantial series of periods. On the other hand, while relevant geographic market was "Isparta, Burdur and Antalya region" for cement production, the TCA didn't consider it necessary to define a relevant geographic market for ready mixed concrete market.

¹³ Dated 8.7.2010, numbered 10-49/900-314.

¹⁴ A traditional Turkish drink containing high volume of alcohol.

¹⁵ Dated 18.11.2009, numbered 09-56/1325-331.

¹⁶ Dated 31.3.2011, numbered 11-20/378-117.

UNITED KINGDOM

1. Developments in UK mergers guidance and practice: Introduction

We describe the approach of the UK competition authorities to market definition and its relationship with the assessment of competitive effects, in the context of their joint revised Merger Assessment Guidelines (September 2010), and ongoing application to merger cases.

2. Background

The assessment of mergers in the UK is conducted as a two-phase process, giving distinct but interrelated roles to the Office of Fair Trading (OFT) for first phase review, and the Competition Commission (CC) for second phase.

The CC and OFT (together ‘the Authorities’) issued revised joint *Merger Assessment Guidelines*¹ (‘the Guidelines’). The Guidelines explain the approach of the OFT when considering whether or not to refer a merger to the CC for further investigation, and the approach of the CC when exploring more extensively when deciding the SLC test.

At the time of launching the Guidelines, the Authorities explicitly noted that revisions to the previous guidance included, ‘a shift in emphasis towards the direct assessment of effects on competition and away from a detailed assessment of market definition.’²

In the individual Authorities’ Guidelines published in 2002, the Authorities had stated that the ‘relevant market’ would be no wider than the narrowest market needed to satisfy the hypothetical monopolist test. It was intended that the revised approach would better reflect the task of the agencies, namely to understand the competitive effects of the merger, which involves a greater appreciation of the competitive constraints than the immediately closest competitor(s). In the revised Guidelines, the Authorities acknowledged that the relevant market can be broader than the narrowest market. In practice, the Authorities had not always followed the approach set out in their earlier guidance. For example, the narrowest market satisfying the hypothetical monopolist test may entail adoption of an ‘unrealistic’ product market description when the merging parties’ products are differentiated.

As a consequence of the change, the revised Guidelines also recast the use of the hypothetical monopolist test (see paragraph 13 below) and explained the implications of the new approach when using measures of concentration (see paragraph 14 below).

The Guidelines, in keeping with the earlier guidance, place primary focus on demand side substitution when determining the product market. However the Guidelines provide explanation of the relevance of supply side factors, and also provide more explanation of complications with market definition arising

¹ http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers/642749/OFT1254.pdf

² <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2010/97-10>

from other market characteristics, including multi-sided markets, asymmetric³ and indirect constraints, and price discrimination between customer segments. These aspects are not discussed further here.

3. Market definition in the Joint Merger Assessment Guidelines

3.1 Consideration of market definition in the overall analysis

The Guidelines emphasise the relationship between two related issues relevant to the analysis:

- identification of the market or markets for the goods or services concerned;
- assessment of the competitive effects of the merger in the market(s).

There are two aspects to this relationship, the first being substantive, the second being a matter of process. As to the first, even once a market is defined, the Authorities may take into account constraints outside that market or segmentation within the relevant market or other ways in which some constraints are more important than others. This reflects some of the recognised difficulties raised for market definition in settings with differentiated products.

Secondly, as the Guidelines explain, the identification of the relevant market, and assessment of the competitive effects of the merger, will typically overlap, with many factors being relevant to both elements. The Guidelines state “market definition and the assessment of competitive effects should not be viewed as two distinct analyses”.⁴ This was to reflect the fact that in practice, as the Authorities’ understanding of the market develops, that understanding may confirm or call for moderation of the provisionally defined market outlined at the early stage of the investigation.

3.2 Market definition

The Guidelines explain that the purpose of market definition is to provide a framework for the Authorities’ analysis of the competitive effects of the merger. Market definition is described as ‘a useful tool, but not an end in itself’.⁵ This is not to suggest that regard to the concept of market definition is optional. It serves a useful purpose but the act of defining the market is not a proxy for a competitive effects analysis. The Guidelines explain that the relevant market contains “the most significant competitive alternatives available to the customers of the merged firms and includes the sources of competition to the merger firms that are the immediate determinants of the effects of the merger”.⁶

The Guidelines explain that the relevant market may not be the narrowest market that meets that test but that the Authorities will ensure that the relevant market they identify satisfies the hypothetical monopolist test. Thus the hypothetical monopolist test may be used by the Authorities as a means of checking that the relevant market is not defined too narrowly but not to set those boundaries. This is to reflect the fact that for many cases, the precise boundaries of the relevant market may not be important

³ An example of this is grocery retailing, where larger stores might constrain the prices of smaller stores while the reverse may not be true. One consequence of this is that the relevant product market in different cases in the same sector may not coincide, so a merger of small grocery stores may take place in a market that includes large grocery stores but a merger of large grocery stores may take place in a market that does not include small grocery stores. [Guidelines 5.2.20]

⁴ Guidelines, para 5.1.1

⁵ Guidelines, para 5.2.1

⁶ Guidelines, para 5.2.1

because a competitive effects analysis can take into account constraints outside the market or market segmentation.

The Guidelines explain that when considering whether the test is satisfied, the Authorities will consider the evidence on (a) closeness of substitution (b) variable profit margins and (c) price-sensitivity of customers and may be supplemented by other evidence and by calculations to assist in judging how likely it is that a SSNIP would be profitable.⁷ That is, the Authorities confirm their findings on the market with reference to much of the evidence collected for the purposes of competitive effects analysis.

The OFT may have regard to market share and concentration thresholds in considering whether its test for reference (i.e. that it believes that the merger is more likely than not to result in an SLC) is met. However, to the extent that it uses and relies on them, it will not normally have regard to market share and concentration thresholds on anything other than the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test. A low combined share on the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test will be a better indicator of an absence of potential competition concerns than the same share on a market that is drawn more widely. The CC will not typically use market share thresholds when identifying SLC concerns.

4. Requirement to define the relevant market

The competition test for merger control in the UK refers to the effects of the merger in market(s) in the United Kingdom.⁸ The Authorities have elected to answer this question, usually with a conclusion on the market definition.

Reflecting its (preliminary) role, the OFT will usually make an initial assessment of the boundaries of the relevant market but may not reach a conclusion. The CC, however, will reach a conclusion on the boundaries of the relevant market in cases referred to it when finding an SLC. Neither Authority has abandoned the use of market definition, but they have sought through the Guidelines to place greater emphasis on the competitive effects analysis since ultimately the Authorities are seeking to assess whether the merger will impact competition and rivalry.

An example of when the Authorities may not define the relevant markets at the outset is in some mergers involving a large number of overlap areas. In such mergers, use is made of catchment areas⁹ as a way of identifying overlap areas. The resulting areas will typically be narrower than the relevant geographic market (*i.e.* will not satisfy the hypothetical monopolist test), but they provide a pragmatic approximation for candidate markets, and as such can be used by the Authorities to rule out those areas which raise no competition concerns even on a cautious basis from further analysis. However, for those areas not ruled out, the Authorities will typically define the relevant market if finding an SLC at second phase. For examples of use of catchment areas, see paragraphs 27 and 29 below.

⁷ Guidelines, paras 5.2.15 to 5.2.16.

⁸ The SLC test requires the Authorities to consider whether the merger situation “has resulted or may be expected to result in an SLC within any market or markets in the UK for goods or services” (e.g. see section 22 Enterprise Act 2002).

⁹ A ‘catchment area’ identifies the geographic area within which a retail outlet (or in some industries, a production site) derives a large percentage of its business. This may be defined with respect to either a drive-time (isochrones) or a distance measure (radius).

5. Approaches to direct analysis of competitive effects

As noted above, an intention of the Guidelines revision was to reflect a shift of analytical emphasis in the Authorities' decision-making practice away from market definition and towards direct assessment of effects on competition (most frequently in relation to horizontal unilateral effects). The change in emphasis is in practice most marked with respect to differentiated product mergers. Where products are differentiated, for example by branding or quality, unilateral effects are more likely where the merger firms' products compete closely.

For differentiated product mergers, the assessment of horizontal unilateral effects will in particular consider the following factors:

- Closeness of substitution, and in particular evidence on **diversion ratios** between the merger firms' products;
- Variable profit margins;
- Price sensitivity of customers.

Unilateral effects analysis by the UK Authorities also increasingly often involves the calculation of various quantitative indicators of 'upward pricing pressure' (UPP). These seek to combine diversion ratios and profit margins to provide a measure of the value of business internalised by the merger calibrated as a potential price increase. Use of such measures in UK merger analysis is a good example of a shift of focus away from market share presumptions and towards direct analysis of competitive effects.

Some of the issues involved in direct assessment of unilateral effects (in UK retail mergers) were discussed at the February 2011 Roundtable on Economic Evidence in Merger Analysis. For example, it was noted in the roundtable discussion that using diversion ratios and margins to look directly at unilateral effects in retail mergers is challenging, as it can be hard to collect reliable data. However, it represents a pragmatic approach in cases with potentially very large numbers of overlap areas, and where market shares may provide only limited information about relevant competitive constraints.

When using approaches involving direct analysis of competitive effects, the UK Authorities will still assess the impact of countervailing factors such as:

- Ease of entry and expansion;
- Buyer power; and
- Efficiencies.

6. UK case examples

6.1 *Retail mergers*

One area in which 'newer' approaches to unilateral effects assessments have been applied in the UK is in retail mergers. Retail mergers typically involve local markets, within which rivals may be differentiated by brand, store type or size, and by location. There may typically be a lack of local market share data, but estimates of diversion ratios may be available from a variety of sources, in particular from customer surveys, including any carried out specifically for the purposes of the merger review.

The CC and OFT have jointly published a *Commentary on retail mergers*¹⁰ (March 2011) which discusses certain aspects of methodology that have been applied to retail cases. In particular the commentary discusses: the use of catchment areas to identify local overlaps, and in filtering out unproblematic areas; and the use of simple quantitative techniques to assess how mergers might affect retail prices. The commentary includes references to various relevant cases considered by the OFT and the CC.

Sectors in which a number of relevant cases have arisen, and methodologies have therefore evolved both prior to, and since, publication of the Guidelines, include groceries and DIY/building trade merchants, with some key cases of interest are set out below:

6.1.1 Groceries

- Co-operative Group Limited/Somerfield (2008)¹¹
- Asda/Netto (2010)¹²

6.1.2 DIY/Building trade merchants

- Home Retail Group/Focus (2008)¹³
- Travis Perkins/BSS Group (2010)¹⁴
- Jewson/Build Center (2012)¹⁵

Other recent first phase retail cases of interest include Shell UK/Consortium Rontec Investments¹⁶ (concerning motor fuels retail forecourts).

In each of these cases, catchment areas were used to identify local overlaps and to filter out obviously unproblematic areas. This stage of the analysis requires cautious initial views to be taken on the narrowest plausible boundaries of the relevant product and geographic markets, for example to enable fascia count filters to be applied to local overlap areas. For most of these cases a second stage analysis was then applied to remaining areas of potential concern, using diversion ratio estimates (obtained from customer surveys¹⁷ and profit margin data to generate quantitative indicators of upward pricing pressure (or more generally, incentives to worsen the overall competitive offer given that retailers also compete on non-price aspects).

Quantitative indicators are used in conjunction with other available evidence in order to identify which local overlaps are considered to generate an SLC. This may ultimately involve applying a decision

¹⁰ http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers/oft1305-ccV1a.pdf

¹¹ http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/Mergers_Cases/2008/coop-somerfield

¹² http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/Mergers_Cases/2010/Asda3

¹³ http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/Mergers_Cases/2008/Home

¹⁴ http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/Mergers_Cases/2010/Travis

¹⁵ http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/Mergers_Cases/2011/Jewson

¹⁶ http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/Mergers_Cases/2011/Shell

¹⁷ Survey respondents in these cases were not restricted to choosing diversion options only in the narrow product and geographic markets used for the filtering, but were free to say where they would divert.

rule threshold to the chosen quantitative indicator derived from diversion ration and margin data for the various local overlap areas.

The decision on the joint venture involving Thomas Cook and the Co-operative Group and the Midland's Co-operative¹⁸ illustrates **the CC's approach** to market definition and the use of catchment analysis in circumstances where the parties operated a large number of retail outlets (together they accounted for approximately 1280 retail outlets). In this case the CC did not conclude on the precise boundaries of the geographic market at local and regional level on that basis that having taken into account all constraints (local, regional and national) its conclusion that the joint venture did not give rise to an SLC would have been no different. In reaching that conclusion on the competitive effects of the joint venture, the CC made use of UPP analysis amongst other evidence, and in the context of the UPP analysis expressed the need for some caution in inferring price effects, in particular because of the low margins earned by travel agents (when calculated, as in this case, as a percentage of total sales value). Where the value of margins from customers who switch between the merging parties is low, upward pressure on prices may be limited.

6.1.3 *Unilever/Alberto Culver*

A different type of example can be drawn from the Unilever/Alberto Culver case.¹⁹ In that case the parties overlapped in a number of personal product care categories, including 'skin cleansing'. The parties submitted that assessment of the merger's potential effect in this area should not distinguish between bar soaps and liquid hand wash.

The OFT's investigation did not support there being significant substitution between bar soaps and liquid hand wash. Almost all retail customers indicated that they would accept a SSNIP price rise in each of these product groups rather than switching to the other. The OFT therefore considered it appropriate to assess the competitive effects of the merger in relation to bar soaps and liquid hand wash separately. In relation to bar soaps, third parties had commented on the closeness of competition between Unilever's 'Dove' brand and Alberto Culver's 'Simple' brand.

The OFT noted that further distinctions within these product categories, for example on price or product attributes, may point to a narrower candidate product market. However, such distinctions were not considered material by third parties. The OFT considered that to the extent further distinctions were relevant they would be reflected in a direct assessment of the effects of the transaction, which would take account of the closeness of competition between brands.

The unilateral effects assessment in relation to bar soaps used end consumer switching data provided by the parties²⁰ as a proxy for diversion ratios between brands at the wholesale level, together with data on variable profit margins, to form a 'gross index of upward pricing pressure' (GUPPI). Alongside evidence of high combined market share, of a limited number of competitors in bar soaps, and from the parties' internal documents, the evidence on diversion corroborated the OFT's concerns over the potential for unilateral effects arising from the merger.

¹⁸ August 2011; <http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/thomas-cook-co-op-midlands>

¹⁹ http://www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2011/Unilever.pdf

²⁰ The data was obtained from Kantar Worldpanel, which collects data from individual panellists who record all their grocery purchases, using either a barcode scanner or online diary.

In relation to the approach to market definition set out in the Guidelines, in this case the OFT satisfied itself that the relevant market identified – bar soaps – satisfied the hypothetical monopolist test, but recognised that this may not be the narrowest plausible market given the differentiated characteristics of the products involved. A range of available evidence was used to assess how closely the merger firms' products competed with each other, and the scope for unilateral effects.

6.1.4 *Zipcar / Streetcar*

In 2011 the CC published its findings on the merger of Zipcar Inc and Streetcar Limited²¹, involving the merger of two car club operators. The case included consideration of differentiated products, the CC concluding in this instance not to widen the product market beyond that of car club services, even though the merging parties had advocated that the product market definition should be widened on the basis that customers took other transport options into account when deciding on joining (renewing) or using a car club. Amongst the evidence put forward by the parties were internal documents and evidence that the parties compared their rates with car rental prices and a critical loss analysis which they argued showed that the relevant product market was wider than car sharing.

Notwithstanding the parties' evidence, as explained, the CC chose not to widen the product market definition. The CC had found internal materials from the merging parties indicating that their strategic focus was on competition with other car clubs. Other car clubs had provided examples of changes to their prices and services in response to actions by other car club operators and none showing responses to other transport options. The CC, as part of its competitive effects analysis found evidence that price increases were likely following the merger.²² Survey evidence was also used in support of the CC's finding that a SSNIP of 5 to 10% by a hypothetical monopolist of car clubs would be profitable.

This was one of the early cases considered by the CC following the publication of the Guidelines. The CC's decision was based on its assessment of all evidence before it, which led it to the conclusion on market definition set out above. The CC did, however, consider whether had it defined the markets more broadly, for car rental, or even for transport, the CC's final conclusions on the effects of the merger would have been the same, and it concluded that they would have been. In this case the CC, while recognising the loss of competition between the merging parties, concluded that the merger did not result in an SLC because of its findings in relation to new entry and expansion.

7. Conclusions

The Guidelines provided the Authorities with the opportunity to reflect existing practice and emphasise that in merger analysis, the focus of the analysis by either Authority is upon the effects of the merger, and to overcome too much emphasis being placed on defining the boundaries of the market.

As discussed above, in appropriate cases the UK first phase authority has prioritised using available evidence for the direct assessment of the competitive effects of a merger, ahead of expending resource on detailed examination of the precise boundaries of the relevant market.

The Guidelines also recognise that when considering market shares and concentration measures, caution is needed in relation to how widely the market is drawn. Further, when using thresholds to evaluate market shares, it is appropriate to use the narrowest market defined by the hypothetical monopolist test.

²¹ http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/zipcar_streetcar/pdf/final_report.pdf

²² The CC examined diversion ratios and margins, and took into account the evidence of the merger parties about their intentions following the merger. CC Report Para 6.21

In practice it is only after the Authorities understand the market sector(s) in which the merger parties operate that they are able to reach a conclusion on the market definition. Until such time, the Authorities work with, in effect, candidate markets. Identifying candidate markets at the early stage of the investigation is however, a necessary stage, because it provides the framework with which the Authorities can formulate theories of harm and scope the areas for investigation.

The Guidelines illustrate the pragmatic approach used by both Authorities. They may not **conclude** on the market definition for a number of reasons including (a) at first phase, conclusions may not be necessary having regard to the OFT's duty to refer the merger on the basis of a "reasonable belief" that the reference test is met; and (b) they may be confident that there is no SLC, on the basis of the possible candidate markets identified. However, this does not signify a departure by the Authorities from the use of market definition concepts. The Authorities will use candidate markets or proxies (*i.e.* catchment areas).

UNITED STATES

1. Market definition in U. S. Antitrust Law

For the U.S. federal antitrust agencies (the Federal Trade Commission (“FTC”) and the Antitrust Division of the Department of Justice (“DOJ”), collectively the “Agencies”) or private plaintiffs to prevail in a civil case under the antitrust laws, they must “prove harm . . . to the competitive process, *i.e.*, to competition itself.”¹ In some cases, notably those involving obvious price fixing among competitors, that harm is presumed from the nature of the conduct. In most other cases, competitive harm must be shown through a fact-intensive analysis of the challenged conduct or merger and its context. Traditionally, courts have examined market power or monopoly power in such cases, and the defendant’s share of a defined relevant market has played an important role in the analysis.²

Even when they are called for, however, market definition and shares are not in themselves dispositive. In those situations requiring a detailed analysis of competitive harm, the Agencies are often able to employ an increasingly sophisticated range of economic tools to assess competitive effects. For instance, the Agencies’ 2010 Horizontal Merger Guidelines describe several economic analyses that the Agencies may undertake depending on the particular competitive dynamics at issue.³ Market definition is thus appropriately viewed as one of many tools that the Agencies may flexibly employ to assess potential harm to consumers and competition.

This paper examines the use of market definition in U.S. antitrust law, addressing cases involving agreements in restraint of trade, single-firm exclusionary conduct and mergers between direct competitors. The concluding section examines certain market definition difficulties, focusing on the “*Cellophane* fallacy,” two-sided markets, and innovation-intensive industries.

2. Cases involving agreements in restraint of trade

Section 1 of the Sherman Act prohibits concerted action that unreasonably restrains trade. Some agreements, especially those supporting cartel activity, are deemed unreasonable *per se* because they

¹ *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 135 (1998).

² *See, e.g., City of New York v. Group Health Inc.*, 649 F.3d 151, 155 (2d Cir. 2011) (“To state a claim under [the antitrust laws], a plaintiff must allege a plausible relevant market in which competition will be impaired.”); *Worldwide Basketball & Sport Tours, Inc. v. NCAA*, 388 F.3d 955, 962 (6th Cir. 2004) (“The burden is on the antitrust plaintiff to define the relevant market within which the alleged anticompetitive effects of the defendant’s actions occur.”); *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 344 F.3d 229, 238 (2d Cir. 2003) (“[T]he government must demonstrate that within the relevant market, the defendants’ actions have had substantial adverse effects on competition”); *Thurman Industries, Inc. v. Pay ‘N Pak Stores, Inc.*, 875 F.2d 1369, 1373 (9th Cir. 1989) (“Proving injury to competition ordinarily requires the claimant to prove the relevant geographic and product markets and to demonstrate the effects of the restraint within those markets.”).

³ *See* U.S. Department of Justice and Fed. Trade Comm’n, Horizontal Merger Guidelines (2010), available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

“always or almost always tend to restrict competition and decrease output.”⁴ For these types of agreements, procompetitive justifications will not be considered, and liability does not turn on defining a relevant market.

Even when concerted action is not condemned *per se*, courts do not necessarily engage in an extensive rule of reason analysis. In certain cases, courts have applied a “quick look” at the nature of the challenged restraint.⁵ According to the Supreme Court, the key inquiry is the principal tendency of the challenged restraint to harm competition, with the possibility of gaining insight into the nature of a particular restraint over time:

*[T]here is generally no categorical line to be drawn between restraints that give rise to an intuitively obvious inference of anticompetitive effect and those that call for more detailed treatment. What is required, rather, is an enquiry meet for the case, looking to the circumstances, details, and logic of a restraint. The object is to see whether the experience of the market has been so clear, or necessarily will be, that a confident conclusion about the principal tendency of a restriction will follow from a quick (or at least quicker) look, in place of a more sedulous one. And of course what we see may vary over time, if rule-of-reason analyses in case after case reach identical conclusions.*⁶

Using this approach, a presumption of illegality may obtain “from the close family resemblance between the suspect practice and another practice that already stands convicted in the court of consumer welfare,”⁷ without the need to assess market definition or evidence of actual competitive harm.

Courts and the Agencies occasionally rely on evidence of direct harm in lieu of defining relevant markets to assess the lawfulness of collaboration among competitors.⁸ For instance, in *FTC v. Indiana Federation of Dentists*,⁹ the Supreme Court reviewed a Seventh Circuit judgment of an FTC decision that a dental association violated Section 1 of the Sherman Act (and thereby Section 5 of the Federal Trade Commission Act) by enforcing a rule requiring withholding x-rays requested by dental insurers to evaluate claims. The association claimed that the decision was wrong as a matter of law because the FTC had not specifically defined the relevant market.¹⁰ The Supreme Court disagreed, holding that product market analysis “is but a surrogate for detrimental effects.”¹¹ In *Toys “R” Us v. FTC*,¹² an appellate court

⁴ *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 886 (2007) (quoting *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 723 (1988)).

⁵ See 11 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW* ¶ 1911a, at 265-67 (1998).

⁶ *Cal. Dental Ass’n v. FTC*, 526 U.S. 756, 780-81 (1999).

⁷ *Polygram Holdings, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29, 37 (D.C.Cir. 2005).

⁸ For example, the Agencies may decide to challenge an agreement among competitors based on an assessment of the nature of an agreement among competitors or evidence of direct harm without defining the exact scope of the market affected: “[w]here the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.” *FTC & U.S. DEP’T OF JUSTICE, ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS* 10-11 (2000) (citations omitted).

⁹ 476 U.S. 447 (1986).

¹⁰ *Id.* at 460.

¹¹ *Id.* See also *infra.* at n. 4 and accompanying text.

¹² *Toys “R” Us v. FTC*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

reviewed an FTC decision that invalidated unlawful agreements between a major toy retailer and a group of toy manufacturers in which each manufacturer promised to restrict distribution of its products to low-priced warehouse stores. The court found that the FTC need not establish that the company had a large share of a relevant market, and was entitled to rely on direct evidence of anticompetitive effects to establish an antitrust violation.¹³

Thus, in some circumstances, competitive harm can be shown without defining the boundaries of a market with precision or identifying a narrow set of products. Notably, the Supreme Court has held that:

*Since the purpose of the inquiries into market definition and market power is to determine whether an arrangement has the potential for genuine adverse effects on competition, proof of actual detrimental effect, such as a reduction of output, can obviate the need for an inquiry into market power, which is but a surrogate for detrimental effect.*¹⁴

This led one appellate court to rule that direct proof of anticompetitive effects avoids “the usual showing of a precisely defined relevant market” but the plaintiff still must establish “the rough contours of a relevant market.”¹⁵

In analyzing other types of agreements under the rule of reason, the court will examine “whether the action complained of has the potential for genuine adverse effects on competition, and this analysis usually involves an inquiry into market definition and market power.”¹⁶ The defendant’s market power can be a pivotal issue in rule-of-reason cases.¹⁷

¹³ “[Toys “R” Us] seems to think that anticompetitive effects in a market cannot be shown unless the plaintiff, or here the Commission, first proves that it has a large market share. This, however, has things backwards. As we have explained elsewhere, the share a firm has in a properly defined relevant market is only a way of estimating market power, which is the ultimate consideration. The Supreme Court has made it clear that there are two ways of proving market power. One is through direct evidence of anticompetitive effects. . . . The other, more conventional way, is by proving relevant product and geographic markets and by showing that the defendant’s share exceeds whatever threshold is important for the practice in the case.” *Id.* at 937. See also *Tops Markets, Inc. v. Quality Markets, Inc.*, 142 F.3d 90, 98 (2d Cir. 1998) (finding that market power “may be proven directly by evidence of the control of prices or the exclusion of competition, or it may be inferred from one firm’s large percentage share of the relevant market”); *K.M.B. Warehouse Distributors, Inc. v. Walker Mfg. Co.*, 61 F.3d 123, 129 (2d Cir. 1995) (“If a plaintiff can show an actual adverse effect on competition, such as reduced output[,] . . . we do not require a further showing of market power.”) (citation omitted); *Capital Imaging Assocs. v. Mohawk Valley Med. Assocs.*, 996 F.2d 537, 546 (2d Cir. 1993) (explaining that plaintiff may avoid a “‘detailed market analysis’ by offering ‘proof of actual detrimental effects, such as a reduction of output’”) (citations omitted).

¹⁴ *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460-1 (1986) (internal quotations omitted). See also *California Dental Ass’n v. FTC*, 526 U.S. at 770 (1999) (“an observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question would have an anticompetitive effect on customers and markets.”)

¹⁵ *Republic Tobacco Co. v. North Atlantic Trading Co., Inc.*, 381 F.3d 717, 737 (7th Cir. 2004).

¹⁶ *Lie v. St. Joseph Hospital of Mount Clemens*, 964 F.2d 567, 569 (6th Cir. 1992) (quoting *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460 (1986)).

¹⁷ See, e.g., *Behrend v. Comcast Corp.*, 655 F.3d 182, 192 (3d Cir. 2011) (“For antitrust claims analyzed through the rule of reason, plaintiffs must demonstrate that the defendant possessed market power in the relevant . . . market.”); *Eastern Food Services, Inc. v. Pontifical Catholic University Services Ass’n*, 357 F.3d 1, 5 (1st Cir. 2004). (“[T]he identification of market power is ordinarily the first step in any rule of reason claim under section 1.”); *Menasha Corp. v. News America Marketing In-Store, Inc.*, 354 F.3d 661, 663 (7th Cir. 2004) (“The first requirement in every suit based on the Rule of Reason is market power,

3. Cases involving single-firm exclusionary conduct

Section 2 of the Sherman Act prohibits monopolization¹⁸ and attempted monopolization.¹⁹ In evaluating a claim of either offense, it is necessary to inquire into whether the defendant possesses monopoly power or is in a position to obtain monopoly power. The courts have traditionally examined the monopoly power issue in the context of a relevant market.²⁰

Some modern decisions invite the use of direct evidence of monopoly power and suggest that such evidence could eliminate the need to define the relevant market.²¹ Nevertheless, the courts have not relied on direct evidence of monopoly power to a significant extent, and analytical tools provided by economics are not extensively used in proving or disproving monopoly power. One reason may be that monopoly power is a legal concept, and economics does not offer a test for when the degree of market power rises to the level of monopoly power. Instead, courts often have associated that level with a dominant market share.²²

without which the practice cannot cause those injuries (lower output and the associated welfare losses) that matter under the federal antitrust laws.”).

¹⁸ The elements of the monopolization offense are: “(1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.” *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U. S. 563, 570-71 (1966). Note that the mere possession of a monopoly is not a violation of antitrust law; it must be obtained or maintained through anticompetitive conduct. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004) (“The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.”)

¹⁹ The elements of the attempt to monopolize offense are: “(1) that the defendant has engaged in predatory or anticompetitive conduct with (2) a specific intent to monopolize and (3) a dangerous probability of achieving monopoly power.” *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456 (1993).

²⁰ The Supreme Court found it essential to define a relevant market because “[w]ithout a definition of that market there is no way to measure [the defendant’s] ability to lessen or destroy competition.” *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 177 (1965).

²¹ See, e.g., *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 307 n.3 (3d Cir. 2007) (“The existence of monopoly power may be proven through direct evidence of supracompetitive prices and restricted output.”); *Harrison Aire, Inc. v. Aerostar International, Inc.*, 423 F.3d 374, 381 (3d Cir. 2005); (“Monopoly power can be demonstrated with either direct evidence of supracompetitive pricing and high barriers to entry, or with structural evidence of a monopolized market.”) (citation omitted); *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc.*, 386 F.3d 485, 500 (2d Cir. 2004) (“Monopoly power . . . can be proven directly through evidence of control over prices or the exclusion of competition, or it may be inferred from a firm’s large percentage share of the relevant market.”); *Re/Max International, Inc. v. Realty One, Inc.*, 173 F.3d 995, 1018 (6th Cir. 1999) (“[A]n antitrust plaintiff is not required to rely on indirect evidence of a defendant’s monopoly power, such as high market share within a defined market, when there is direct evidence that the defendant has actually set prices or excluded competition.”); *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield*, 51 F.3d 1421, 1434 (9th Cir. 1995) (“If the plaintiff puts forth evidence of restricted output and supracompetitive prices, that is direct proof of the injury to competition which a competitor with market power may inflict, and thus, of the actual exercise of market power.”)

²² See, e.g., *United States v. Dentsply International, Inc.*, 399 F.3d 181, 187 (3d Cir. 2005) (“a share significantly larger than 55% has been required”); *Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners*, 748 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989) (per curiam) (“monopolization is rarely found when the defendant’s share of the relevant market is below 70%”); *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 424

4. Merger cases

The role of market definition in an Agency merger investigation varies depending on the circumstances of the merger. At times, it may be possible to assess the competitive effects of an acquisition before defining a product market, or independent of the precise contours of the market. As stated in the Agencies' 2006 Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, "[i]n some investigations, before having determined the relevant market boundaries, the Agencies may have evidence that more directly answers the 'ultimate inquiry in merger analysis,' i.e., 'whether the merger is likely to create or enhance market power or facilitate its exercise.'"²³ Moreover, the Agencies' 2010 Horizontal Merger Guidelines state that "[s]ome of the analytical tools used by the Agencies to assess competitive effects do not rely on market definition."²⁴

A sizeable economic literature has developed over the last two decades that has helped the Agencies and the courts assess the likely competitive effects of mergers – particularly when those mergers involve differentiated products and the underlying anticompetitive theory is unilateral effects. This literature has introduced analytical tools related to diversion ratios, which are the fraction of unit sales lost by one product due to an increase in its price that would be diverted to another product. If one is able to assess the likely effects of a merger using such analytical tools, without defining markets, then the importance of defining those markets is diminished. Indeed, this is reflected in the 2010 Horizontal Merger Guidelines.²⁵ "The 2010 Guidelines modestly update the treatment of unilateral price effects to reflect the substantial change in economic learning and Agency practice since 1992. Two aspects of that updating are of special significance: (1) reduced emphasis on market shares, and (2) introduction of the 'value of diverted sales' as an indicator of upward pricing pressure."²⁶

Several analytical tools for quantitative analysis of differentiated consumer products mergers have been developed and applied successfully.²⁷ These tools make use of diversion ratios between the products combined by the merger, and all of the tools make use of the same sources of information or methods of data analysis to identify these diversion ratios. The tools differ in the use to which the diversion ratios are put.

In merger simulation, the diversion ratios are used to make quantitative predictions of post-merger price increases.²⁸ But to make such predictions, it is necessary to make assumptions about the functional

(2d Cir. 1945) (A market share of ninety percent "is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three percent is not.").

²³ U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION, COMMENTARY ON THE HORIZONTAL MERGER GUIDELINES 10 (2006), available at <http://www.ftc.gov/os/2006/03/CommentaryontheHorizontalMergerGuidelinesMarch2006.pdf>.

²⁴ HORIZONTAL MERGER GUIDELINES § 4.

²⁵ See Carl Shapiro, *2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust Law Journal* 712 (2010).

²⁶ *Id.* at 717.

²⁷ On these tools, see generally Gregory J. Werden & Luke M. Froeb, *Choosing among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects*, 7 *EUROPEAN COMPETITION JOURNAL* 155 (2011).

²⁸ See generally Oliver Budzinski & Isabel Ruhmer, *Merger Simulation in Competition Policy: A Survey*, 6 *J. COMPETITION L. & ECON.* 277 (2010); Gregory K. Leonard & J. Douglas Zona, *Simulation in Competitive Analysis*, in *ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, 2 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY* 1405 (W. Dale Collins ed., 2008); Gregory J. Werden, *Merger Simulation: Potentials and Pitfalls*, in *MODELLING EUROPEAN MERGERS: THEORY, COMPETITION POLICY AND CASES* 37 (Peter A.G. van Bergeijk & Erik Kloosterhuis eds., 2005).

form of demand, and the predictions are sensitive to the assumptions made. Other tools avoid making such assumptions, but consequently they do not yield predictions of post-merger price increases.²⁹

All of these analytical tools account for all of the substitution away from each product combined by the merger, and not just substitution to the other merging firm. But one need not identify the products to which consumers substitute to a significant degree nor draw a market boundary around them. Nevertheless, an assessment of prospects for entry and product repositioning is necessary to supplement these tools, and that is apt to require market definition.

The Agencies normally use one or more of these analytical tools in assessing a differentiated consumer products merger.³⁰ But as § 2 of the *Horizontal Merger Guidelines* details, the Agencies make use of a variety of types and sources of relevant evidence. The weight placed on analytical tools varies according to many factors, including the precision with which diversion ratios are measured and the strength of the other evidence. When the Agencies have litigated differentiated products merger cases, they always have defined relevant markets and presented non-quantitative evidence, even when relying on these analytical tools. No U.S. court decision has yet indicated that a merger can be found to violate the antitrust laws without having defined a relevant market in which the required substantial lessening of competition would occur.³¹

In a recent case involving differentiated consumer products, a relevant market was defined, and the Agency also relied on analytical tools. The case involved digital do-it-yourself (DDIY) tax preparation products,³² and DOJ successfully argued that the relevant market was limited to those products. The DDIY market alleged by the DOJ and found by the court was the obvious relevant market. It included all the similar products, and it excluded dissimilar products even though they perform the same function. The court held that both the application of the hypothetical monopolist test and other evidence supported the DDIY market.

In an FTC case involving differentiated supermarkets, the judge looked to traditional types of evidence to determine the nature of competition between two merging premium natural and organic supermarkets: “such practical indicia as industry or public recognition of the [relevant market] as a

²⁹ See Gregory J. Werden, *A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products*, 44 JOURNAL OF INDUSTRIAL ECONOMICS 409 (1996); Joseph Farrell & Carl Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, B.E. JOURNAL OF THEORETICAL ECONOMICS, Jan. 2010, art. 9; Gregory J. Werden & Luke M. Froeb, *Choosing among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects*, 7 EUROPEAN COMPETITION JOURNAL 155, 165 (2011).

³⁰ In discussing the analysis of differentiated products mergers, § 6.1 of the Agencies’ *Horizontal Merger Guidelines* states: “In some cases, where sufficient information is available, the Agencies assess the value of diverted sales, which can serve as an indicator of the upward pricing pressure of the first product resulting from the merger. Diagnosing unilateral price effects based on the value of diverted sales need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration.”

³¹ See, e.g., *United States v. H & R Block, Inc.*, 2011-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 77,678, Memorandum Opinion 15 (D.D.C. 2011) (“Merger analysis begins with defining a relevant market.”); *FTC v. Swedish Match*, 131 F. Supp. 2d 151, 156, (D.D.C. 2000) (citing *United States v. Brown Shoe*, 370 U.S. 294, 324 (1962)). “Defining the relevant market is critical in an antitrust case because the legality of the proposed merger[] in question almost always depends upon the market power of the parties involved.” *Id.* (quoting *FTC v. Cardinal Health, Inc.*, 12 F. Supp. 2d 34, 45 (D.D.C. 1998)). Indeed, the relevant market definition is often “the key to the ultimate resolution of this type of case because of the relevant implication of market power.” *Id.* (Footnote omitted).

³² *United States v. H&R Block, Inc.*, 2011-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 77,678 (D.D.C. 2011).

separate economic entity, the product's peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct customers, distinct prices, sensitivity to price changes, and specialized vendors."³³ But the judge also relied on other types of evidence including estimates of critical loss, price discrimination, price effects due to entry of a new competitor, and consumer behavior,³⁴ to hold that Whole Foods and Wild Oats compete for core consumers within a narrow market, even if they also compete on individual products for marginal consumers in the broader market.³⁵

In some markets, evidence relating to likely adverse competitive effects can inform the definition of a relevant market in which those effects are likely to occur. In such cases, the analysis may not necessarily begin with defining a relevant market. For instance, in December 2011, the FTC filed an administrative complaint charging that Graco, Inc.'s proposed acquisition of the assets of ITW Finishing LLC from Illinois Tools Works violated Section 7 of the Clayton Act by threatening to substantially lessen competition in various North American markets for industrial finishing equipment.³⁶ The FTC's administrative complaint contained allegations that the proposed acquisition was likely to result in a variety of anticompetitive effects, given the nature of the industry and the history of the parties' interaction in the marketplace.³⁷ Paragraph 25 of the Complaint alleges that "[f]rom this evidence of anticompetitive effects, it can be inferred that certain of the products discussed below satisfy the hypothetical monopolist test used to identify relevant markets."³⁸

In the case of consummated mergers, evidence of post-merger effects can be dispositive on the issue of market definition. For instance, in 2004, the FTC issued an administrative complaint challenging Evanston Northwestern Healthcare Corporation's 2000 acquisition of Highland Park Hospital.³⁹ The FTC alleged that the consummated acquisition eliminated significant competition between the hospitals and allowed Evanston to exercise market power against health care insurance companies and raise prices at least 9 to 10 percent, to the detriment of consumers.⁴⁰ Given that the merger was consummated four years before the FTC brought its complaint, agency staff and its experts were able to gather significant evidence

³³ *FTC v. Whole Foods Market, Inc.* 548 F.3d 1028, 1037-38 (D.C. Cir. 2008 (Brown, J.)) (quoting *Brown Shoe*, 370 U.S. at 325).

³⁴ 548 F.2d at 1038-39.

³⁵ *Id.* at 1037-38. The FTC's brief on review noted the close nexus between evidence bearing on market definition and evidence bearing on competitive effects in mergers between close competitors: "Particularly where, as in this case, the antitrust concern is based on the unilateral loss of competition between two uniquely close competitors, there are substantial factual and analytical overlaps between the market definition exercise and the competitive effects analysis. Market definition and competitive effects can thus be thought of as 'two sides of the same coin,' and direct evidence of competitive effects is itself highly relevant to the proper definition of the product market." Brief of Appellant at 38, *FTC v. Whole Foods Market, Inc.*, No. 07-5276 (D.C. Cir. Jan. 14, 2008), available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0710114/080114ftcwholefoodsproofbrief.pdf>.

³⁶ *In the Matter of Graco, Inc.*, Dkt. No. 9350 (Complaint Dec. 15, 2011). The Commission subsequently filed a motion to obtain a federal court injunction to prevent the acquisition and preserve the status quo while the Commission adjudicated its administrative complaint. *Federal Trade Comm'n v. Graco, Inc.*, Case No. 1:11-cv-02239-RLW (D.C.D.C. Dec. 23, 2011).

³⁷ See *In the Matter of Graco, Inc.*, Dkt. No. 9350 (Complaint Dec. 15, 2011) ¶¶ 13-24.

³⁸ See *In the Matter of Graco, Inc.*, Dkt. 9350 (Statement of the Commission March 27, 2012). The matter was withdrawn from adjudication to consider a proposed settlement.

³⁹ *In the Matter of Evanston Northwestern Healthcare Corp.*, Dkt. No. 9315 (Complaint Feb. 10, 2004).

⁴⁰ *In the Matter of Evanston Northwestern Healthcare Corp.*, Dkt. No. 9315 (Opinion of the Commission Aug. 2007) at 78.

about what happened after the merger.⁴¹ After a trial before an agency administrative law judge, the FTC found that the merger violated the Clayton Act and “enabled the merged firm to exercise market power”⁴² and raise prices. In determining the relevant geographic market, the FTC cited evidence of higher-than-expected post-merger price increases (in the range of 9-11 percent) to support a geographic market comprising a triangle formed by the three merged hospitals, the same evidence it used to determine that the merged entity had exercised market power after the merger.⁴³

Even if market definition were unnecessary in principle, it would often be necessary in practice. The analytical tools used in merger cases involving differentiated consumer products are of limited value when diversion ratios cannot be measured reliably. Moreover, these tools are premised on a particular model of competition and cannot be considered reliable when that model does not fit the industry reasonably well.

In addition, the available analytical tools normally cannot replace market definition in assessing mergers other than those involving differentiated consumer products. In other unilateral effects settings, and when using merger simulation, some choices about potential substitutes upon which to focus most likely are required in constructing the model or parsing the data. For example, auction models are often used to predict the likely effects of mergers in industries in which competition to buy or sell resembles an auction, but such models are calibrated with data, and determining which data to use entails drawing lines on the basis of product characteristics and locations. The main consideration in drawing these lines is the practical limit on gathering and using data on large numbers of products, however, rather than the boundaries of properly defined relevant markets. The predictions of these models are not improved, and may be worsened, by ignoring or discarding data on products that lie outside these markets.

Analytical tools for assessing coordinated effects currently are of limited value, and they have not been used often. It is difficult for such tools to eliminate the need to identify the scope of likely coordination in geographic and product terms, just as in traditional market definition.

5. Challenging market definition issues

5.1 *The Cellophane fallacy*

One persistent market definition challenge is the “*Cellophane* fallacy,” named for the 1956 case in which the Supreme Court addressed whether duPont’s control over the transparent wrapping material, Cellophane, was sufficient to confer monopoly power.⁴⁴ The Court addressed the issue by defining a relevant market “composed of products that have reasonable interchangeability for the purposes for which

⁴¹ See Deborah Haas-Wilson & Christopher Garmon, *Hospital Mergers and Competitive Effects: Two Retrospective Analyses*, 18 INTERNATIONAL JOURNAL OF THE ECONOMICS OF BUSINESS 17 (2011).

⁴² Evanston Opinion, *supra* note 40, at 5.

⁴³ Evanston Opinion, *supra* note 40, at 78. The complaint in Evanston contained two separate counts alleging a violation of Section 7 of the Clayton Act. Count One contained all the traditional elements of a Section 7, pleading product market, geographic market, concentration, entry conditions, and lack of merger efficiencies. Count Two omitted allegations regarding product market, geographic market, and concentration, but alleged that the merger had resulted in direct competitive harm proscribed by U.S. merger law: “The merger of ENH and Highland Park enabled EHN to raise its prices to private payers above the prices that the hospitals would have charged absent the merger. Consequently, the merger has substantially lessened competition in a line of commerce in a section of the country, in violation of Section 7 of the Clayton Act.” In its decision, the Commission found sufficient evidence to support the allegations in Count One, including a relevant product market for acute inpatient hospital services.

⁴⁴ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

they are produced.”⁴⁵ The Court found other flexible wrapping materials reasonably interchangeable with Cellophane and included them in the relevant market. But as two economists had pointed out, monopoly pricing by duPont necessarily raised the price of Cellophane to a point at which substitutes became significantly substitutable at the margin.⁴⁶ The Cellophane fallacy, as it has come to be known, generally refers to the challenges inherent in defining a market where market power may already exist.

The hypothetical monopolist test is the standard market definition test in the United States. It was designed for use in merger cases, in which the prevailing price level normally is the benchmark for evaluating power over price. The hypothetical monopolist test is susceptible to the *Cellophane* fallacy because it posits increases in price above prevailing levels.⁴⁷ Proposed modifications to the test for addressing the problem have proved unsatisfactory.⁴⁸

Nevertheless, the *Cellophane* fallacy does not create substantial difficulty in defining markets in many cases. The *Cellophane* fallacy does not arise in U.S. monopoly cases in which the allegation is not that the challenged conduct has created, or is maintaining, monopoly power, but rather that it threatens to create monopoly power. In many other cases, the scope of the relevant market is clear from the outset.⁴⁹ And in some cases, the basic insight of the hypothetical monopolist test can itself be decisive without going through a detailed application of the test in which the benchmark price level could matter.⁵⁰

5.2 *Two-sided markets*⁵¹

A situation arising with increased frequency is two-sided markets, which in general concern the issue of platforms with two different sets of users. Courts have not yet analyzed market definition closely in this context. In the *Microsoft* case, the two-sidedness of the market was important to the competitive analysis but not to market definition.⁵² Two-sidedness of markets can present an issue for market definition when separate prices are charged on the two sides of the market and both prices must be considered in a market

⁴⁵ *Id.* at 404.

⁴⁶ See George W. Stocking & Willard F. Mueller, *The Cellophane Case and the New Competition*, 45 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 29, 53-54 (1955).

⁴⁷ See Lawrence J. White, *Market Power and Market Definition in Monopolization Cases*, in 2 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 913 (W. Dale Collins ed., 2008).

⁴⁸ See Gregory J. Werden, *Market Delineation under the Merger Guidelines: Monopoly Cases and Alternative Approaches*, 16 REVIEW OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 211 (2000).

⁴⁹ In the relatively few monopoly cases DOJ has litigated to judgment over the past two decades, the *Cellophane* fallacy posed no difficulty: *United States v. Dentsply International, Inc.*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁵⁰ See *Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d 182, 198 (1st Cir. 1996) (relying on the proposition that “[t]he touchstone of market definition is whether a hypothetical monopolist could raise prices” in rejecting a proposed market).

⁵¹ Please refer to the U.S. submission to the 2009 Roundtable on Two-Sided Markets, [DAF/COMP/WD\(2009\)68](http://www.ftc.gov/bc/international/docs/roundtabletwosided.pdf), available at <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/roundtabletwosided.pdf>, for a fuller discussion of the topic, including as concerns market definition.

⁵² See *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 50-56 (D.C. Cir. 2001) (defining the relevant market as Intel-compatible PC operating systems and holding that Microsoft monopoly power is protected by the applications barrier to entry).

power analysis. In such cases, however, the hypothetical monopolist test can be applied in a straightforward way.⁵³

The DOJ applied the hypothetical monopolist test to a two-sided market in *United States v. First Data Corp.*⁵⁴ The case was settled on the eve of trial, so the court never addressed the market definition issue. The case was a challenge to a merger combining PIN debit networks. PIN debit is an electronic payment method in which a cardholder enters a personal identification number (PIN) to authorize the debiting of funds from the cardholder's bank account.

In PIN debit networks, the acquiring bank, which processes the transaction, and the issuing bank, which has the cardholder's account, each pay a switch fee to the network. The acquiring bank also pays an interchange fee that goes to the issuing bank. The DOJ concluded that a hypothetical monopolist would raise fees to acquiring banks (and hence to merchants), and judged the significance of the increase against the sum of the acquiring bank's switch fee and the interchange fee. Because the interchange fee is much larger than the switch fee, this meant that a much larger price increase was necessary to reach the significance threshold in the hypothetical monopolist test than would have been the case had the two-sidedness of the market been ignored.

Similarly, the FTC found that multi-listing services (MLS) used by realtors to list homes for sale exhibit network effects on both sides of the market.⁵⁵ Using a standard economic framework, the administrative law judge found that a hypothetical monopolist of MLS listing services could profitably raise prices without causing brokers to withdraw from the MLS. As a result, brokers who were denied access to the MLS were at a disadvantage relative to brokers with MLS listings, and MLS rules excluding certain types of limited service listing illegally harmed competition.

⁵³ See Alexei Alexandrov, George Deltas & Daniel F. Spulber, *Antitrust and Competition in Two-Sided Markets*, 7 JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 775 (2011); Eric Emch & T. Scott Thompson, *Market Definition and Market Power in Payment Card Networks*, 5 REVIEW OF NETWORK ECONOMICS 45 (2006).

⁵⁴ Materials related to the case can be found at <http://www.justice.gov/atr/cases/first0.htm>. On market definition in the case and in electronic payments networks generally, see Renata B. Hesse & Joshua H. Soven, *Defining Relevant Product Markets in Electronic Payment Network Antitrust Cases*, 73 ANTITRUST LAW JOURNAL 709 (2006).

⁵⁵ *In the Matter of Realcomp*, Dkt. No. 9320, Initial Decision 38-41 (Dec. 10, 2007) ("From a home seller's (or listing broker's) point of view, the MLS is more valuable the more home buyers (or cooperating broker's) are viewing the MLS. The value of the MLS to listing brokers increases as the number of cooperating brokers increases because (a) the expected selling price increases with the number of home sellers that demand the house and/or (b) the time required to sell the house at a given asking price decreases. From the home buyer's (or cooperating broker's) perspective, the MLS becomes more valuable as more home sellers (or listing brokers) have listed their properties on the MLS. The value of the MLS to cooperating brokers searching for homes increases as the number of listings increases because (a) the closeness of the match between home characteristics will be greater for a given amount of time devoted to search and/or (b) the expected amount of time required to achieve a given match will decrease. These forces reinforce one another such that both listing brokers and cooperating brokers will achieve greater efficiencies in the provision of brokerage services if they use an MLS. (citations omitted). The FTC affirmed the ALJ decision on November 2, 2009; the Court of Appeals for the Sixth Circuit affirmed, *Realcomp II v. FTC*, 635 F.3d 815 (6th Cir. 2011). Materials related to the case can be found at <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9320/index.shtm>.

6. Innovation-intensive industries

The Agencies often assess competition issues in industries in which R&D is important and firms compete on the basis of new product development at least as much as on the basis of price. Merger challenges in such industries often focus on the reduction of competition in innovation.⁵⁶ Such industries present some difficulties -- for example, market definition can be more challenging when it must cope with future products. Nevertheless, such cases have not presented the Agencies with any major market definition difficulties. Nor has the limited amount of litigation in such cases revealed any difficulties arising from the way courts approach market definition in such industries.⁵⁷

⁵⁶ Merger challenges in biotechnology, defense, and pharmaceutical industries often have been based largely on the elimination of innovation competition. *See, e.g.*, Amgen Inc. & Immunex Corp., FTC Docket No. C-4043, 134 F.T.C. 333 (July 12, 2002), <http://www.ftc.gov/os/2002/07/amgencomplaint.pdf>; Ciba-Geigy Ltd., FTC Docket No. C-3725, 123 F.T.C. 842 (Mar. 24, 1997), available at <http://www.ftc.gov/os/1997/04/c3725cmp.pdf>; *United States v. Lockheed Martin Corp.*, No. 98cv00731 (D.D.C. filed Mar. 23, 1998), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f212600/212680.pdf>; *United States v. Syngenta AG*, No. 04cv01442 (D.D.C. filed Aug. 25, 2004), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f205100/205199.pdf>.

⁵⁷ *See FTC v. PPG Industries, Inc.*, 798 F.2d 1500, 1504-06 (D.C. Cir. 1986) (defining the relevant market as “aircraft transparencies” (*i.e.*, windows) requiring high technology and explaining that the competition takes place at the design stage of aircraft).

EUROPEAN UNION

1. Introduction

The definition of the relevant market is not an end in itself. However, it is a central tool and starting point to identify situations where there might be competition concerns. It is an important qualitative first step in a structured effects based investigation as it enables to scope the competitive landscape and identify the relevant (potential) competitors. By relying on mostly readily available data already collected by firms, it helps to focus the more data intensive effects analysis on the relevant issues. The necessity of defining markets has been part of the competition policy of the EU from its inception and pre-condition both to assess dominance under Article 102 TFEU and effect based infringements under Article 101(1) and (3) TFEU¹ as well as an essential part of the EU Merger Control Regime².

In most cases market definition and market shares give a good first overview of the competitive situation and a proxy of the market power enjoyed by firms. Therefore, it is an important starting point in the assessment. However, this by no means implies that the market definition should be understood as constituting the full assessment of the competition between the companies. The EU competition analysis in antitrust and merger cases is not limited to market definition and market shares, but is a fact specific process using also other economic tools to complement and refine the analysis where appropriate.

In October 1997 the Commission adopted a guidance notice to set out the basic principles on the definition of the relevant market ("Notice on Market Definition")³. It is applicable both to mergers and to antitrust cases under Article 101 and 102 TFEU. The success of the Notice on Market Definition is shown by the fact that since its adoption it has been used and referred to extensively while allowing the Commission to flexibly update its practice. As explained in more detail below, it contains the basic guidelines for defining relevant markets under EU law without restricting the Commission's ability to take into account new economic tools if, depending on the individual case, they help to refine the analysis.

This paper will first explain the Commission's basic principles for defining the relevant market. Afterwards, it will shed some light on the current EU practice in respect of defining product and geographic markets. Most of the recent developments in the area of market definition are in the area of the EU Merger Regime where the definition of the relevant market plays a central role in the analysis. Finally, some specific markets will be discussed where the relevance of market definition might vary.

¹ Market definition plays a different significance in Article 101 TFEU cases than in Article 102 cases. See e.g. Joined Cases T-259/02 to 264/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich and Others v Commission [2006] ECR II-5169, paras 172-178, confirmed by ECJ in Joined Cases C-125, 113, 135 and 137/07 P Erste Group Bank AG v Commission [2009] ECR I-8681, paras 60-63.

² "Proper definition of the relevant market is a necessary precondition for the assessment of the effects on competition of the concentration", Joined Cases C-68/94 and C-30/95 Kali & Salz [1998] ECR I-1375, para 143; Case T-342/99 Airtours plc v Commission [2002] ECR II-2585, para 19; Case T-151/5 NVV v Commission, [2009] ECR II-1219, para 51.

³ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997.

This paper draws on the guidance set out in the Commission's Notice on Market Definition and the EU case law to stimulate this roundtable's discussion. However, nothing in this paper should be read as in any way qualifying the Notice or the respective case-law, or affecting the European Commission's position on any particular case.

2. Definition of the relevant market

The definition of the relevant market comprises defining a relevant product and a relevant geographic dimension/market. The relevant product market is understood as a market comprising "all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use"⁴. The relevant geographic market is defined as comprising "the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas"⁵.

The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face⁶. Firms are subject to three main sources of competitive constraints: demand side substitutability, supply side substitutability and potential competition. From an economic point of view, for the definition of the relevant market, demand side substitution constitutes the most immediate and effective disciplinary force on the suppliers of a given product, in particular in relation to their pricing decisions⁷. However, analysis of both demand and supply side substitution is required in order to establish relevant market⁸. The weakest competitive constraint, potential competition, will usually be assessed at the later stage of the competitive assessment⁹.

3. Demand substitution

The goal of the assessment of demand side substitutability is to identify the group of products or services that are alternatives in satisfying the needs normally served by the product in question in the eye of the relevant customers. The respective product characteristics, product use and prices are usually important factors in such an assessment.

The classic economic model to assess the demand substitution is the SSNIP (Small but Significant Non-transitory Increase in Price) test, i.e. by assessing, whether customers would switch to other readily available substitute products or to suppliers located elsewhere in response to a hypothetical small (5-10%) but permanent increase in price of the product in question.¹⁰ According to the conceptual framework, a

⁴ *Ibid*, para 7.

⁵ *Ibid*, para 8.

⁶ *Ibid*, para 2.

⁷ *Ibid*, para 13.

⁸ Case 6/72 *Europemballage Corp & Continental Can Co Inc v Commission* [1973] ECR 215.

⁹ Potential competition is usually not taken into account when defining markets since the conditions under which potential competition will actually represent an effective competitive constraint depend on the analysis of specific factors and circumstances related to the conditions of entry. If required, this analysis is only carried out at a later stage, in general once the position of companies involved in the relevant market has already been ascertained, and when such position gives rise to concerns from a competition point of view, c.f. Notice on Market Definition, para 24.

¹⁰ Notice on Market Definition, para 17.

hypothetical small but significant permanent price increase is applied to the respective product in question. In the situation where the prices of the alternative products stay the same, if such an increase in price would lead customers to switch to other alternative products and the resulting loss of customers would make such increase unprofitable, it means that the product/set of products of the firm(s) in question does not constitute a separate market and that there are other products that pose sufficient competitive constraints on it. Thus, further products are added to the relevant market, and the test is applied until the increases in prices are profitable and the market is worth monopolising.¹¹

The conceptual approach taken in the context of geographic market definition is the same and is also based on the SSNIP test. It assesses the extent to which the customers of a product in question would switch to suppliers located in other territories in response to a hypothetical small but permanent increase in price of that given product.

3.1 *Supply substitution*

In addition to assessing the demand side substitutability, the Commission regularly analyses the supply-side substitutability when defining markets. However, generally the effects of supply-side substitution have to be at least "equivalent to those of demand side substitution in terms of effectiveness and immediacy" to significantly affect the outcome of the market definition exercise¹². That is why in practice, the analysis of the supply-side substitutability significantly influences the outcome of the market definition exercise only in a few cases.

Supply side substitution seeks to identify the possibility of customers to switch to alternative suppliers. The question is whether other suppliers would start producing the product in question if there is a permanent price increase by 5-10% in the market, i.e. whether firms are able and willing to switch their production without incurring significant additional costs or risks in a short time period.

Important factors to consider for assessing the ability of potential suppliers to switch production in a short time frame are the technical feasibility, regulatory and other barriers etc. In addition, it has to be analysed if the firms in question have the ability to switch production without incurring significant additional costs or risks, e.g. considerable investment associated with such switching including the respective opportunity costs.

When evaluating the geographic dimension of the market, supply substitution relates to the possibility of other suppliers, located outside a certain geographic area, to start supplying that area in the short term and without incurring significant additional costs or risks.

If supply-side substitutability would entail the need to adjust significantly existing tangible and intangible assets, additional investments, strategic decisions or time delays, the Commission will not include such products into one product market. In such cases the effects of supply-side substitutability are examined at a later stage.¹³

¹¹ *Ibid*, para 17-18.

¹² Notice on Market Definition, para 20. See Case IV/M.166 Torras/Sarrio (paper); Case IV/M.458 Electrolux/AEG: Case T-65/96 Kish Glass and Co LTD v Commission [2000] ECR II-1885 (Case C-241/00 P Kish Glass and Co Ltd v Commission [2001] ECR I-7159); Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica [2007], para 147; COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, para. 158.

¹³ Notice on Market Definition, para 23.

4. The process of defining the relevant market in the EU practice

In order to define the relevant product and geographic market, the Commission is using different qualitative and quantitative tools depending on the individual factors of the case.

The most common and more easily available evidence is of a qualitative nature. The Commission takes amongst others into account the information it receives from main customers and main companies in the industry, or the relevant professional associations or undertakings involved through questionnaires, meetings or telephone conferences. Also end-consumer surveys have been used in the past (e.g. COMP/M.4439 Ryanair/Aer Lingus). Furthermore, the Commission is relying on internal documents of the respective undertakings containing internal or external marketing studies, studies about barriers to entry or costs associated with switching demand to potential substitutes, as evidence for defining the relevant market¹⁴. Also inspections on the premises of the parties, their customers and/or their competitors might be carried out by the Commission to gather the respective information¹⁵.

In addition, the Commission uses increasingly quantitative economic tools to refine its market definition analysis. These include price correlation analysis¹⁶ (e.g. Case COMP/M.5153 Arsenal/DSP, Case COMP/M.4799 OMV/MOL), critical loss analysis¹⁷ (Case COMP/M.4734 INEOS/Kerling), past shocks analysis – natural experiments¹⁸ (Case COMP/M.5335 Lufthansa/SN Airholding) and demand estimation (Case COMP/M.5658 Unilever/Sara Lee, Case COMP/M.5644 Kraft/Cadbury¹⁹). The usage of these tools depends to a large extent on the availability of the necessary data, the specificities of the case in question and the respective time constraint of the procedure.

The market is defined on a case by case basis. The Commission makes an overall assessment of the case on the basis of all available evidence. There is no hierarchy between different types of evidence or

¹⁴ Cf. *Ibid*, para 37-43.

¹⁵ *Ibid*, para 34.

¹⁶ A price correlation analysis basically examines the extent to which the prices of two products move together over time. If the price of one good constrains the price of the other, the two price series follow usually a similar pattern. The interpretation of price correlation analysis raises at least two substantial complications, namely how high does a correlation coefficient have to be for two products or regions to be in the same relevant market and how can we limit the possibility that a high correlation is driven by some common influence other than competitive interaction (known as spurious correlation).

¹⁷ The critical loss analysis is estimating how much the hypothetical monopolist's sales would have to fall in order to make the 5-10% price increase unprofitable. A price increase has generally two opposing effects on the hypothetical monopolist's profits: sales will fall as some consumers substitute away/stop buying and higher margins on all of the remaining sales. Critical loss estimates the maximum amount by which sales can fall in response to a price increase while making sure that the profits do not decline – this is the point at which the two effects on profits exactly cancel each other out.

¹⁸ A natural experiment analyses past events or shocks in a market to observe whether these can teach us something about competitive dynamics in that market. These past shocks/events can be, for example, new product launches, market entry, advertising campaigns, input cost shocks, strikes, regulatory intervention, tax shocks or exchange rate movements.

¹⁹ In the case COMP/M.5644 Kraft/Cadbury, the Commission did not conduct in first phase a demand estimation itself but analysed the demand estimation provided by the notifying party by testing the sensitivity of the results with respect to the characteristics included as controls in the regression, the estimation period, the nest classification, the market elasticity/size of the outside good, etc.

different sources of information²⁰. The types of evidence used and their importance depend on the characteristics of the industry and the products in question as well as the availability of the necessary quantitative and qualitative data and the potential time constraints of the investigation. The Commission follows an open approach to any relevant qualitative and quantitative evidence aiming at making an effective use of all available information²¹.

Also the nature of competition law issues under investigation might affect the type of evidence used as well as the result of the analysis. For example the different time horizon or relevant time period between the prospective merger analysis and the investigation of potential anti-competitive past behaviour in an antitrust case under Article 102 TFEU might lead to different geographic market definitions for the same product market²². Also in merger cases the substitutability analysis would normally be based on the prevailing market prices²³, while in the case of abuses of dominant positions, the Commission might sometimes have to take into account that the prevailing market prices have already been substantially influenced by the potential anti-competitive behaviour of the respective undertaking²⁴.

In the case of multiple conceivable market definitions, it is general Commission practice to leave the market definition open if under all alternatives the operation in question does not raise competition concerns²⁵.

5. Markets with distinctive characteristics

Markets can have a special characteristic which makes the exact market delineation difficult or otherwise makes the market definition exercise more demanding. These include sectors with highly differentiated product characteristics, with two-sided platforms or with a high rate of innovation. The following short analysis shows that the recognised difficulties in these sectors can be adequately addressed without making the definition of the relevant market superfluous.

5.1 Differentiated product markets

Products destined for similar uses, but with quite different characteristics are called differentiated products. Differentiated products exist where customers have different preferences for the various product offerings. In general, products can be differentiated because of intrinsic quality differences (like e.g. fuel efficiency in cars, size of the hard drive in computers, after-sales services) or on grounds of perceived quality differences (reputation of a brand in consumer goods).

Differentiated markets are usually characterised by a continuum of substitution and a varying intensity of competition interaction between the products in question. This increases the challenge to identify precise boundaries of the relevant market. While much has been written in academic literature on how best to

²⁰ Notice on Market Definition, para 25. See also Case T-342/07 Ryanair Holdings v Commission [2010] ECR, paras 156-158: "*There is no hierarchy between technical and non-technical evidence*".

²¹ Notice on Market Definition, para 25.

²² Notice on Market Definition, para 12.

²³ This might be different in merger cases involving potential competition and/or newly liberalised markets, where there is evidence for the possibility of a "cellophane fallacy" in the market. See case COMP/M.5096 RCA/MAV Cargo, paras 29-31.

²⁴ Notice on Market Definition, para 19. C.f. COMP/C.34.579 MasterCard.

²⁵ Notice on Market Definition, para 27. The Commission can also leave the market definition open if the result of the competitive assessment is the same under all conceivable market definitions.

define markets, the fact is that in many differentiated product industries, there is no clearly right way to draw boundaries that are not to some extent inevitably arbitrary.

The difficulties in establishing the precise relevant market are remedied by taking into account in the competitive assessment that the chosen market definition may be less informative than in other cases. Market shares are also less informative in the case of differentiated product markets²⁶ than in homogeneous product markets. Indeed market shares may over- or underestimate the effects of a transaction depending inter alia on the closeness of substitution between the relevant products. However, although market shares might not fully reflect the competitive interaction, they can still give an indication of the market power of the party/parties in question²⁷. In addition, the definition of the relevant market helps to scope the competitive landscape and structure the subsequent competitive assessment.

5.2 *Two-sided platforms*²⁸

Regarding two-sided platforms, it has been pointed out that the application of the SSNIP test in respect of market definition cannot be usefully applied to one side of the platform in isolation. For a two-sided platform, an increase in the price on one side has implications for demand on the other side and thus for the overall profitability of the platform and impact of the price increase itself. A SSNIP test based on one side of the platform alone will not capture the effects of the constraints on a price increase from the interdependence of demand on both sides and can lead to a market being defined too narrowly. A similar problem applies to the application of critical loss analysis (CLA) which is often used in conjunction with the SSNIP test.

However, as Ordover (2007) explains²⁹, this is not an unfamiliar complication: in the presence of complementary components a hypothetical monopolist must consider how a price increase of one component may lower demand, and revenues in the market for its complement. Of course it is somewhat more complicated when the link depends on inter-group network effects since generally the hypothetical two-sided platform must not only find the optimal price level but also the optimal price structure. However, these problems are not insurmountable and (certainly as a guiding concept) both the SSNIP test and CLA can still be applied with modifications³⁰. The EU case practice shows that it is possible and useful to define the relevant markets also in two-sided platforms and to take the specificities into account in the economic assessment³¹.

²⁶ For differentiated products, sales in value and their associated market share will usually be considered to better reflect the relative position and strength of each supplier than sales in volume, Notice on Market Definition, para 55.

²⁷ COMP/M.5659 Unilever/Sara Lee, para 158. See also COMP/M.5644 Kraft/Cadbury.

²⁸ Two-sided markets/platforms refers to a situation where two distinct user groups interact with each other through a common platform and the value of joining the platform depends on their expectations about the network size.

²⁹ Ordover, J.A. "Comments on Evans&Schmalensee's *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*", Competition Policy International, Vol 3, Number 1 (2007).

³⁰ See for more detail on the EU assessment in respect of two-sided platforms [DAF/COMP\(2009\)20](#).

³¹ Recent commission cases are Commission Case COMP/M.4731 Google/DoubleClick; Case COMP/M.5727 Microsoft/Yahoo, Case COMP/M.6166 Deutsche Börse/NY Stock Exchange.

5.3 *Markets with a high rate of innovation and technology markets*

The Commission has investigated a number of markets with a high rate of innovation and a significant importance of R&D. The dynamics of these industries were taken into account in the market definition exercise and even more in the competitive assessment³². As these markets are more apt to change due to technological developments, the relevant market definition can vary in such markets depending on the time horizon which is in the focus of the investigation. Also market shares might be less indicative depending on the individual case and the technological development stage. However, these factors can all be taken into account in the market share interpretation.

In some cases, the Commission has defined a "technology market" which is upstream of the relevant product market³³. For example, in the merger case COMP/M.5675 Syngenta/Monsanto, the Commission made a distinction between (i) the upstream market for the trading (namely the exchange and licensing) of varieties (parental lines and hybrids) and (ii) the downstream market for the commercialisation of hybrids³⁴. The methodology for defining technology markets follows generally the same principles as the definition of product markets. However, it can be more difficult to compare technologies, to assess their substitutability or to take into account technologies that are currently only used in-house and/or are not or only to a very limited extent being licensed. Similarly, it may be more difficult to calculate market shares on a technology market. There may be a lack of data concerning each technology's share of total licensing income from royalties and the available data may give a distorted picture due to cross-licensing and other non-monetary cross-trading. However, generally these will not be insurmountable problems and more a matter of finding the appropriate proxies³⁵.

6. **Other analytical tools like UPP**

It has been mentioned in academia that other analytical tools like the "Upward Pricing Pressure" concept ("UPP")³⁶ could complement or even replace the traditional market definition exercise.

³² See Case COMP/M.6203 Western Digital/Viviti Technologies; COMP/M.5984 Intel/McAfee; COMP/M.5529 Oracle/Sun; COMP/M.5421 Panasonic/Sanyo.

³³ According to the Commission Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements [101 TFEU], OJ C 101, p. 2, 27.4.2004, para 23, "*technology markets consists of the licensed technology and its substitutes, i.e. other technologies which are regarded by the licensees as interchangeable with or substitutable for the licensed technology, by reason of the technologies' characteristics, their royalties and their intended use.*"

³⁴ See also case COMP/M.5406 IPIC/MAN Ferrostaal AG where the Commission defined besides a market for the production of high-grade melamine also an upstream technology market for the supply of melamine production technology.

³⁵ For example, for the purpose of calculating the market shares for the safe harbour under the Commission Regulation No 772/2004 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements ("TTBER"), OJ L 123, p. 11, 27.4.2004, market shares on the technology market are defined as market shares on the product market of the products produced with the technology in question. See Guidelines to the TTBER, OJ C 101, p. 2, 27.4.2004, paras 19-25.

³⁶ The UPP concept focuses on the value of the diverted sales as a result of the number of units diverted multiplied by the margin between price and incremental cost on that product. A higher UPP as the result of higher diversion ratios and/or higher margins can indicate a significant change in the pricing incentives. The UPP method is very close in spirit to other methods focusing on the elasticity of demand and closeness of substitution as it heavily relies on the concept of diversion ratios. However, it reinterprets the difference in pricing incentives between the single firm and the independent firms from the cost side, in particular, from the angle of opportunity costs.

Whereas the Commission's Merger Guidelines do not explicitly refer to the UPP concept, they do refer expressly to the use of diversion ratios. The Merger Guidelines mention that high pre-merger margins may make significant price increases more likely³⁷. Generally, the concept of "closeness of competition" between the respective undertakings is one of the key points of the Commission's assessment practice. It is open to allow the UPP concept in those cases where it can be a useful additional tool.

The Commission has undertaken a UPP style analysis as additional evidence in some differentiated product markets where the necessary data and the time was available.³⁸ It has also used other even more data and time demanding analysis like merger simulations as evidence in some cases³⁹.

However, even when UPP is a useful tool, it cannot replace the need for market definition. Not only is the concept of market definition inherent in the EU Merger Control Regime, it is in practice in most cases significant less time and data intensive to define the relevant market and calculate the market shares than perform an UPP analysis. Additionally, UPP is only one additional element of evidence for the analysis of substitution and merger effects with strength and weaknesses between other qualitative and quantitative evidence. It can therefore only be one "additional piece in the puzzle".

7. Conclusion

With the words of former Commissioner Monti, defining markets is "a cornerstone of competition policy, but not the entire building. Market definition is a tool for the competitive assessment, not a substitute for it"⁴⁰.

The importance of market definition and the calculation of market shares vary according to the individual case. However, it is a necessary and useful first indication of the market structure and the competitive situation in the market. The EU practice shows that the Commission is open to new economic tools like UPP or merger simulation if they can help to refine the assessment. However, these economic tools can only complement the traditional analysis and therefore do not make the defining the relevant market superfluous.

³⁷ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings, OJ C 31 p.5, 5.2.2004, paras 28-29.

³⁸ See e.g. COMP/M.5658 Unilever/Sara Lee Body Care.

³⁹ COMP/M.5658 Unilever/Sara Lee Body Care.

⁴⁰ Speech by Mario Monti, "Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki Fair Centre, 5 October 2001.

BULGARIA

The concept of market definition is fundamental to the application of the Law on Protection of Competition (LPC) in the findings of the Bulgarian Commission on the Protection of Competition (CPC). In the cases of all three major types of economic investigations (mergers, abuses of dominance and prohibited agreements), the CPC guides its actions according to the established market definition as per the *Methodology on Investigation and Definition of the Market Position of Undertakings in the Relevant Market*¹. Given the challenges of constantly evolving markets and the practical aspects of deadlines and reliable data, our investigations rely heavily on the correctness and completeness of the definition of the relevant product and geographic markets.

1. Conceptual challenges to market definition

In the course of the last twenty years the CPC's experience includes a number of cases, where defining the relevant product market has been subject to rigorous analysis.

1.1 *Merger: CPC Act No.1790/ 28.12.2011 Transport Stroi AD and Enkon OOD*

Holcim Bulgaria AD (Bulgaria) belongs to the Holcim Group (Germany) and in 2011, the former announced the purchase of two Bulgarian companies – Transport Stroi AD and Enkon OOD. The primary activity of the buyer concerns the production and distribution of cement on the territory of Bulgaria; however, it is important to note that the company simultaneously operates via its subsidiaries on the market for production and distribution aggregates (crushed stone, sand, ore, etc.). Additionally, Holcim Bulgaria sells concrete on the territory of the city of Plovdiv. Transport Stroi AD and Enkon OOD each sell concrete and concrete products on the territory of the city of Sofia and do not operate on any of the vertically connected markets.

In the case of concrete, the geographical aspect is straightforward as the chemical characteristics of the concrete mixture require that the construction site is no more than 25 – 30 km away from the production location, which automatically delineates the relevant geographic market as that of the city of Sofia and its closest surroundings. With regards to the definition of the relevant product market and the post-merger market expectations, however, the CPC had to take into consideration a number of issues concerning the vertical integration of Holsim Bulgaria AD, its significant market share in the cement production subsector as one of the 4 major producers, the markets for concrete and concrete products (e.g. tiles). The significance of the vertical integration as well as the parallel market for concrete products was analyzed in view of the impact of the transaction and the final relevant product market was defined as the market for production and distribution of concrete on the territory of the city of Sofia.

2. Available market definition substitutes

Regarding the existing set of tools, the LPC provides in Para.1, p. 15 of the Additional provisions, that the relevant product market includes all goods and services that are perceived **as substitutes** with regards to their characteristics, usage and prices. As for the geographic market, it delineates a territory where the

¹ CPC Decision No.393 / April 21st 2009 in relation to Art.44 (3) of LPC.

relevant substitute goods or services are being offered and the competition conditions are the same but yet different from other territories. Therefore the definition of the relevant product market is preeminent and that of the general market (both in product and geographic terms) is a requirement.

The available alternatives in terms of quantitative calibration for example, have not been actively applied so far as the accent in merger analysis is concentrated on the fundamental data and the interpretation of the specific legal and economic circumstances of each case. As a result, the analysis of available substitute products, based on non-quantitative methods has been the only market definition tool. The CPC, however, does not exclude any combinations of both methods to complement the examination in all three types of investigations.

In fact, the value added of similar practices lies in their ability to provide a “check-up” to the preliminary analysis as they re-test the initial presumptions and either re-confirm or indicate a possible contradiction that requires further investigation. In this case, within the limits of market definition the significance of any other alternative technique is important in order to verify independently inferences reached on the basis of fundamental data.

2.1 Sector Analysis: CPC Act No.1058/ 27.07.2011 Study on the tourist sector

In this particular example, the type of analysis was closer to that of a merger as it evaluated the tendencies through the evolution of market shares via in-house technique. The subjects of the analysis were two markets: hotels in category 1, ranking in the range of 1 – 3 stars and hotels in category 2, ranking with 4 stars and above.

The market definitions were derived on the basis of a questionnaire that the CPC used as the basis for its analysis. The evidence of the flows of tourists supplied by the hotel managers was very instructive in order to distinguish the two separate markets on the basis of which the dynamics of their market shares from 2007 to 2010 were explored. These tendencies could not have been properly detected based on the substitute principle as it did not reflect the divergence of the two separate markets straight away.

The following step was to identify the developments in the period, which however suffered from flaws due to the coincidence with the beginning of the economic recession. Consequently, the number of tourists and operating establishments varied and if the CPC had relied purely on quantitative methods for example, then the conclusions would have incorrectly captured the development of the markets. The CPC came with its own measurement relating the size of the interval of the shares to the median on an annual basis for hotels in both markets at the same location.

3. Market definition and competition law

The current legal environment and the CPC’s enforcement practice so far have inserted the market definition as a necessary element to lay the grounds of a methodical and robust study of the competitive environment. If the essence of competition law is about the impact of a product or a conduct, then if stripped from its context, the validity of arguments suggesting corrections, sanctions or permission would suffer as its validity would be greatly undermined.

The definition of a market in adversarial legal setting is a challenge, especially given the risk of complying with the consequences in the case of imposing sanctions. Arguments for abandoning or altering market definition have to take into consideration the fact that this definition does not only serve as a basis to calculate market shares but also to follow the trajectory of a conduct that could be indicative for the future and yet deal with the unpredictability of the common globalized marketplace.

4. Arguments in favour of and against replacing market definition regarding academic literature

The experience in the field of competition law shows that in certain markets antitrust authorities face difficulties when defining the relevant market and market concentration. Some leading economists² propose a different approach for such cases by providing methods for assessing anticompetitive behavior as an alternative to the definition of the relevant market. Compared to the current method which establishes a presumption based on market definition and concentration, such an approach could be regarded as simpler, more disciplined and more reliable.

The Canadian Merger Enforcement Guidelines³ outline the cases where market definition may lead to an ambiguity of the conclusions on plausible anticompetitive effects. In such cases, stress the Guidelines, “there may be greater need for evidence regarding likely competitive effects that is not based on market share and concentration”.

Similarly, under U.S. Department of Justice and the FTC (2010)’ Horizontal Merger Guidelines the analysis need not start with market definition. Some of the analytical tools used by US competition authorities to assess competitive effects do not rely on market definition, although evaluation of competitive alternatives available to customers is always necessary at some point in the analysis. The Guidelines warn against market definitions that are too broad due to the inclusion of distant product and geographic substitutes thus resulting in misleading market shares. Excluding such substitutes provides, according to the US Guidelines, a more accurate indicator of the competitive effects of the merger. However, the Guidelines emphasize that although alternative methods for detection of unilateral conduct are being used, this does not preclude the application of the concept of relevant market and the usage of SSNIP test at all.

The empirical economics research literature demonstrates that differences among industries are important and in certain markets the concept of relevant market is not workable. It suggests generalization across closely related industries that can be exploited to help evaluate evidence and resolve cases.

There are clearly strong arguments in favor of the application of such alternative tools for assessing anticompetitive behavior in certain markets. The Bulgarian Competition Authority therefore monitors closely the discussions regarding the implementation of new alternative methods for detection of unilateral conduct without determining the relevant product market. In many cases the CPC experienced difficulties in defining the boundaries of the market, but it has not so far made use of those alternative methods. The authority is not fully convinced that the benefits of their implementation outweigh possible negative consequences.

The main concern of not defining the relevant market and of moving directly to the establishment of a unilateral effect is the loss of legal certainty for the parties to an investigation. The current antitrust legal framework in Bulgaria, part of which are the rules for the definition of the relevant market, justify certain legitimate expectations of the parties that their case will be decided based on an accurate definition of the relevant market. The omission of the step of relevant market definition risks, on the other hand, to be considered by the appellate court as grounds for overturning a commission’s decision on substance.

² Farrell, J. and C. Shapiro (2010) Dntitrust Evaluation of Horozontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition.

³ Competition Bureau (Canada, 2011) Merger Enforcement Guidelines, para. 3.3

Moreover, the CPC shares Bishop and Walker's opinion⁴ that the said approach "may be harmful because it leaves all subsequent analysis without any rigorous framework, leaving too much of the analysis resting on subjective judgment, particularly in the case of dominance investigations". There is, as this opinion accurately stresses it, "a real danger that the analysis could be done without providing any identifiable benchmarks against which to discriminate between competitive behavior and anticompetitive behavior" thus opening the door to arbitrary rulings.

We are therefore of the view that relevant market definition is an important element of any competitive assessment. Difficulties that may occur when applying the concept of relevant market in certain markets (differentiated products, two-sided markets, sectors with important R&D activity, and vertical settings) could be overcome by adapting the methods for relevant market definition using additional alternatives (such as UPP) in such markets.

⁴ Bishop, B., Walker, M. (2010): *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, 3 ed., London, chapter 4-024

COLOMBIA

Although Colombia's Competition Regime neither explicitly refers to market definition, nor describes a methodology by which markets should be defined when dealing with competition policy issues, it is clear that the concept of market definition is - and has been - fundamental for competition law enforcement in our country. It is worth mentioning that the Superintendence's Guidelines¹ lists the information that should be enclosed by undertakings when informing a merger transaction, imply that a market definition approach will be followed by SIC when assessing the merger. Furthermore, the draft *Guidance Document on Merger Assessments* explicitly states that market definition is generally followed². The Document also indicates that when the merger involves differentiated products, its analysis may not include market definition³. In such cases, a unilateral effects analysis (i.e. the "upward pricing pressure" technique) could be used.

Commonly, analyses carried out by SIC officials, both in mergers assessments and in investigations for anticompetitive practices, highly rely in qualitative analysis techniques when defining the extent of a market. When information is scarce, qualitative reasoning has proven to be of great help as long as it addresses demand-side considerations, supply-side considerations, essential characteristics of a product or service, consumer behaviour, among others significant issues. Qualitative analysis is straightforward, easily comprehensible, not only for the public, but also for administrative judges in charge reviewing the Superintendence's decisions.

In addition to market definition and qualitative analysis, SIC has also performed price correlation tests in order to determine markets' boundaries.

Although there are a variety of techniques available for determining the group of products or services that compete with each other, SIC considers that only one approach should be applied to each case. In fact, it is not recommendable to simultaneously apply market definition and other concepts in an individual anticompetitive investigation or merger assessment. On the one hand, this position implies that no contradictory results could emerge from the assessment of a case. On the other, it requires that the Competition Authority clearly defines the circumstances in which each approach would be used, in order to maintain certainty and avoid arbitrary/discretionary decisions. For example, as mentioned above, regarding merger assessments the Superintendence has considered that transactions involving differentiated products should be analyzed from a unilateral effects approach. On the contrary, when markets with homogeneous products are affected by a merger, the operation should be analyzed by using market definition.

Considering the aforementioned, Colombia has a great advantage since its economy is largely composed by commodity industries, which by definition comprehend homogeneous products markets. This is why, up to day, SIC has not used the unilateral effects technique in any merger assessment, and its

¹ Before called "Circular Única". Resolution No. 52778 of 2011 is currently in force.

² "Normally SIC conducts merger assessments as follows: i. Relevant Market Definitions taking into account market products and geographical markets (...)", draft *Guidance Document on Merger Assessments*, P1. Indeed, up to day no other approaches have been used for merger assessments or in investigations for anticompetitive practices.

³ *Guidance Document on Merger Assessment*, P 16.

analyses have relied on market definition and qualitative approaches. Nonetheless, the possibility of using the UPP technique when differentiated products are involved, has been left open, as SIC deems it would be of great use when analyzing international mergers with effects in Colombia⁴.

Finally, when market definition is problematic in anticompetitive conduct investigations, it has been suggested that “there is no need to establish a preliminary and separate assessment of dominance” as the “emphasis is on the establishment of a verifiable and consistent account of significant competitive harm, since such anticompetitive effect is what really matters and is already proof of dominance”⁵. Although theoretically, when proving significant competitive harm implies that the agent responsible for it holds a dominant position within a market, there are several issues that should be taken into account:

- Control variables should be used when assessing the harm, since the Authority must be certain that it is consequence of an anticompetitive conduct. For example, if a competitor has left the market, the Authority must be sure that its exit is not a result of poor management or low quality of services, but of an abuse of the dominant firm in the correspondent market.
- It is possible that a country’s Competition Regime defines the method to follow when assessing anticompetitive behaviors; such method may imply that certain precepts should be verified before a sanction is imposed. For example, in Colombia, the structure of Decree 2153 of 1992 establishes that a dominant position must be confirmed before the effects of its abuse are assessed. Consequently, the Superintendence has always followed a pervasive method when evaluating anticompetitive conducts:
 - Relevant market definition.
 - Dominance assessment.
 - Verification of the exercise of an anticompetitive behavior.
 - Effects of the conduct.

⁴ The Superintendence considers that it is more likely that differentiated products are involved in international mergers than in national transactions, since usually foreign industries produce high value – added products and are deeply engaged in R&D activities.

⁵ Report by the EAGCP, An Economic Approach to Article 82, July 2005. Referenced in OECD’s Guide for Country Submissions to the Roundtable on Market Definition (14 June 2012).

INDONESIA

1. Introduction

Relevant market is a concept made to define the market size of any product. It is vital since it can identify how certain product dominated in the market by certain enterprise. In narrow relevant market, enterprise has higher possibility to dominate certain product. Contradictory, when a market considers having broader coverage, the enterprise is not likely consider having a dominant position. In this matter, defining a market would be beneficial as many factual market conditions can be analyzed from a competition perspective.

On the other hand, defining relevant market may be useful to identify certain enterprise and the competitors, and size of impact from anti-competitive behavior. It is important to note that existence of impact from anti-competitive behavior may occur in relevant market where anti-competitive behavior is existed. Generally it takes place in case where anti-competitive behavior has horizontal impact and/or against the competitor. In other event, the existence of competition impact may occur in relevant market with different relevant market in which the anti-competitive behavior has occurred. This unique perspective commonly occurs in anti-competitive behavior that having vertical impact.

2. Market definition regulation in Indonesia

Relevant market specifically defines by Article 1 point 10 of the Indonesian competition law, the Law No. 5/1999 concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition. It stipulates that “*relevant market is market related to coverage or certain marketing area by business actor over equal or same type or substitute form of goods and/or service*”. This definition emphasizes the context of horizontal (competing) enterprises, and shall meet several elements, namely (i) market; (ii) criteria of enterprises; and (iii) equal, similar, or substitute goods and or services.

Relevant market definition is an initial stage of competition analysis, where its application may perform individually (case by case). The process of proving violation of the Law No. 5/1999 in general, started by defining its relevant product and market. Through determination of relevant market, information on market size, involved enterprises, and impact of anti-competitive behavior from each violation, can be assessed.

As mentioned before, defining of relevant market is vital part from effort of proving violation assumed to the competition law. In some articles, relevant market is one of elements that needed to be defined. However in some other articles, relevant market is not an element, yet it's still very helpful in understanding the product and market that will ease the evidences. On rule of reason provision, defining relevant market is very essential, as it will define at which level, the violation take place and whether it harmful to consumer (in relation to defining whether the enterprise having certain degree of market power). For per se provision, identifying clear market definition will help competition agency to assess impact or harm resulting from the anti-competitive behavior.

3. Methods in defining market

There are some approaches undertaken by the Commission in defining a market, such as by using supply and demand elasticity. In practice, it is relatively hard to measure the elasticity of supply and demand. It is because the measurement of elasticity may require data and information that reflect buying power (ability to pay) and willingness to buy of the consumer. Currently, the availability of such data is hard to obtain. To put us in more misery, the case handling process at the Commission is strict due to the time limit. Dawn-raid is not an option to the Commission without own legality. We believe this phenomenon is also occurring at other competition authorities of competition with limited legal power.

To meet the challenge, the Commission performs supply and demand elasticity through consumer preference analysis, and by using three vital parameters as proxies, (i) price; (ii) characteristic, and (iii) product's use. Those three parameters may provide valid and comprehensive information about substitute nature of any product, and with additional appropriate methodology and analysis, it can overcome the data constraint and time limit challenges of the Commission.

As previously explained, the consumer preference is determinant factor in defining product market. This preference is represented by primary indicator namely price, product characteristic, and product's use. Price indicator can be defined by several indicators such the price of such product and variability. Price substitute in many competition authorities indicate price range of 5-10% as threshold. Similar threshold also applied by the Commission, with seldom adjustment to local competition. Product characteristic or product utility can be defined by condition where such products should not perfect substitutes or similar quality.

Determination of market based on geographical aspect is extremely fixed by the availability of product. Some determinant factors on the availability of product include company policy, transportation cost, distance, tariff, and regulations that rules inter city/territory transportation. Those various factors will determine how much width or coverage of such product. In this matter, online trading and paperless transaction mechanism tends to obscure barrier and inter territory boundary. In other word, various significant progresses in online transaction will tend to extend geographic market of many any product. This surely should be anticipated by the Commission in determination of relevant geographical market.

Company policy also one of direct indications of market coverage. In this matter, a company management decision will be critical to determine product logistic primarily for the region or territory that made a marketing target. Determination of region or territory that being targeted, of course, is part of the strategy presumed by the company's program or strategic plan. Thus, marketing strategy is definitely can provide information on geographic market.

In addition, indicator on cost and time of transportation, tariff, and regulation influence the availability of product in certain area. High transportation cost and length time of transportation will complicate enterprises to extend its marketing area. Market coverage may be relatively limited to existing production or marketing. Otherwise, when cost and time of transportation is relatively insignificant, there is an incentive for enterprises to carry out market expansion leading to wider marketing area. Tariff and non-tariff trade barrier becomes boundary for determination of relevant market based on geographic aspect. Trade tariff results in enhancement of imported product price so that lowering consumer buying interest on the product. As consequence, product movement into certain territory (country) is decreased, which lead to narrower geographic product. Meanwhile, regulation also plays significant effect on market definition, especially when it tends to restrict distribution on cross-border trade.

All factors are considered by the Commission in defining a relevant market. Reliability and sustainability of data are known challenge to market definition. Several cases indicate this weakness which may hamper the Commission's endeavor to provide reliable and convincing decision.

4. Case study: Cross-ownership on telecommunication (Case Number: 07/KPPUL/2007)

This is a case involving cross ownership between Indonesian and Singaporean telecommunication companies. To conclude the case, the Commission has to assess whether such cross-ownership lead to similar telecommunication price or other unfair business competition. The analysis was focused on whether their products or services are

In defining relevant market, the Commission differentiate the product market as cellular service where it includes Fixed Wireless Access (FWA) and Public Switch Telephone Network (PSTN) (Case Verdict Number: 07/KPPU-L/2007 Para. 3.1.4 Page 591). The definition is based on analysis on several aspects, such utility, characteristic, and price level of Cellular, FWA, and PSTN. Based on utility aspect, Cellular, FWA, and PSTN have their similarity, i.e. helpful in activity of data and voice communication. However, according to characteristic, i.e. mobility, FWA, and PSTN have limited mobility that significantly differentiates them with cellular. Based on price level, price level of FWA and PSTN are being close and different with price level offered by cellular service (Vase Verdict Number: 07/KPPU-L/2007 Para. 3.1.4 Page 5 - 7).

Market definition process involved a survey on consumer to examine hypothesis on the possibility of any cellular telecommunication service to substitute with FWA and PSTN services. The survey indicated that movement of user between cellular telecommunication service into FWA telecommunication service and PSTN telecommunication service is in-elastic, so that it was concluded that PSTN and FWA are not substitute product to Cellular (Case Verdict Number: 07/KPPUL/2007; page 6 and page 592-593).

The geographical market defines as nation wide (Indonesia), even though not all cellular operators have equal service coverage. This based on the fact that there is competition between enterprises of cellular telecommunication service through all Indonesian territory. The Commission thought that in defining geographic market it can be relied on competition pressure and price in one location that influenced by competition and price in other location. The existence of effect makes both areas become one inherent geographic market. This influence can be seen from price movement in both territories (Case Verdict Number: 07/KPPU-L/2007 Page 7-8 and 593-594).

The Commission finds the fact that all cellular phone operators decide similar tariff wherever the customer exists or to apply nationally tariff. As an illustration, the entrepreneur never apply higher tariff in remote territory without the existence of other operator, compared to tariff in area served by many operators. It means that the existence of competition affect entrepreneur strategy in defining their price. Therefore, based on analysis of product and geographic market, the Commission stated that the relevant market of this case is cellular telecommunication service throughout Indonesia.

5. Case study: Issue on two-sided market

Retail industry assumes by the Commission for having two-sided market characteristic. The Commission faced this challenge in defining market on the case of acquisition of one of Indonesian chain minimarket by one of international chain hypermarket. The challenge is to assess whether they are in the same market. Several approaches used by the Commission in handling this case. One of which is by using government regulation as threshold for market definition based on their selling spaces. The regulation identified market as wet market and modern market. Modern market itself characterized as minimarket, supermarket, and hypermarket. The question raised during this case was, whether wet market is compete

with hypermarket (or modern market). Consumer survey is conducted to identify consumer preference to shop. The survey identified that at least two factors are considered by the consumer to shop, namely number of purchase goods and time allocated to shop.

For geographical aspect, downstream and upstream market was assessed. Downstream market analysis will show consumer willingness to substitute between retailers based on transportation cost and the availability of consumer to travel. Again, government regulation was used as starting point. The regulation implies that competition occurs between modern market (supermarket and hypermarket) within 2 km to 2.5 km. Research by third party indicate 5 km as their competitive area. Upstream market analysis showed how far the retailer gets their supplies. The survey indicated that there is no barrier to the retailer to obtain their supply, in term of regulation, sunk cost, technology, or transportation cost.

Analysis on two-sided market was conducted during the investigation. Based on this approach, supplier is a user at the upstream market, and consumer as a user at the downstream market. Supplier will consider cross-side network effect that represented by hypermarket's position compare to other retailers. The more obtained consumer, the higher preference owned by the supplier to supply their goods to the hypermarket. Therefore it is reasonable for hypermarket to extend their customer base in many ways, including by providing and promoting cheap product compare to similar product at other places (traffic builder); extending number of outlets; or other means (such trading terms). The conducted pricing strategy was by increasing their retail services to supplier through discount on trading terms. Cross-side network analysis conducted by the Commission showed that the loss experienced by the hypermarket is compensated to the supplier, thus there is no disadvantage felt by the hypermarket as they will also benefitted by increased consumer base.

Based on this experience, the two-sided market is always considered during the investigation. It is a challenge, and yet, still can be managed by many approaches. Support from related researches will be needed to support this evolved market phenomenon.

6. Conclusion

Definition of "Relevant Market" as stipulated by Article 1 point 10 of the competition law is an initial phase of competition analysis that can be different case by case. Through determination of relevant market, clearer information on potential violation by enterprises and their impact can be measured. Market definition should always take into a balance between economic theories and legal concept (as it will always evolved), with the support of available facts. Therefore, a mistake in defining relevant market can be withdrawn during the process, and the competition agency can prevent further implication if the investigation or examination is continued.

LATVIA

In last years the sufficient development took place in the processes of market definition done by Competition Council. If before Competition Council spent significant resources to the phase of market definition precisely as much as possible (in cases of abuse and mergers and vertical restraint; in cartel cases precise market definition not so important), now in many cases the definition of the relevant market does not ask for a lot of resources and resources are not spent for it. The reason mostly is the fact that Competition Council in its practice has investigated a lot of cases, has researched lot of relevant markets; decisions on the violation were taken on about many of them. That's why the accumulated experience allows when necessary to define the market quickly. Preconditions for the quick process are: 1) markets which are analyzed in the investigated cases repeated over time (i.e. the activity of market participants is analyzed in the same markets, but in different periods of time) and, if there are no obvious changes/development in the industry which arise the possibility that the market now could or should be defined in other way, then Competition Council bases on its previous practice. From the practical experience we see that the time period after which the significant development in the industry could affect the market definition and the analysis should be undertaken again, is 2 years. Evaluating if the new analysis is necessary, the technological development and amendments in laws regarding the industry, could be taken into account. 2) The second precondition for quick phase of market definition is that the accumulated experience allows to investigators to orientate quickly which factors are relevant and which are not important for the market definition and where the information could be found.

However undoubtedly new difficulties appeared regarding market definition. While market definition is the standard approach in competition law, how can the recognized difficulties with the concept in certain markets be addressed? Among the factors mentioned in *Guide for Country Submissions* which may be problematic under certain conditions, Competition Council met these of them:

Differentiated products and two-sided markets. In last period these factors caused problems defining the market for television channels. Competition Council investigates¹ the merger which results as one market participant – MTG group – will own among other the two most important television channels (LNT and TV3). This case is an example of certain situation when precise definition of relevant market was very difficult, because of product differentiation and factor of two-sided market. According to the EC practice and Competition Council view (previous decisions) television channels form separate relevant markets depending on such factors: 1) pay TV or free-to-air TV, 2) public or commercial TV, 3) national or regional or local TV, 4) theme (general interest or special interest), 5) language (Latvian or Russian or other). Both TV3 and LNT are free-to-air commercial national general interest channels in Latvian.

Products are much differentiated. Competition between these two channels goes on for the auditory from one side and for advertisers from the second side.

Competition Council in its decision at 2009 in the case of abuse of dominant position (where one side – competition for auditory – was analyzed) decided that the mentioned two national television channels in Latvia formed each its relevant product markets. Competition Council concluded that they were *must have* channels and without them the retail TV operators couldn't form competitive TV package for their

¹ The deadline for final decision is 10 May 2012.

customers. Interchangeability between them also was not enough that retail TV operator could substitute one with another. Mostly this conclusion was based on analysis of behavior of retail TV operators – all of them included both channels in their basic TV packages.

At the present time in the merger case both sides of markets are analyzed. MTG owns TV3 and other channels; as well LNT group owns LNT and other channels, more or less special. These other channels (pay TV, different languages, different themes) form other (separate) relevant markets, but they also compete in the market of TV advertising. But LNT and TV3 are the closest competitors at TV advertising market. Other specialized channels acting at different relevant market are competitors for TV advertising with TV3 and LNT as well. Although intensity of such competition from specialized channels are likely less than competition between TV3 and LNT. It seems that there are different levels of overlapping competition among different TV channels, but it's hard to measure intensity of such overlapping competition among different TV channels.

It is important to consider the tendency to offer the channels in bundle and also to take into account that the advertising time (pay TV channels get income at least partly from the advertising as well, so the channels is to be considered as two-sided markets) is sold in bundles as well. Taking into account the mentioned factors in this example the precise market definition is not so important, because the effects of merger – growing market power due to the portfolio grow up – could be evaluated with no precise market definition. Competition Council see that the relevant markets where concentration takes place are different – different TV channels markets, but the most negative effect can arise in the same market – advertising time market.

Two-sided markets. Competition Council investigated two cases where two-sided markets were defined, and this factor seems was not problematic for market definition in both cases (one case was about the abuse by Riga stock exchange and the second one about the abuse by price comparing internet portal). We suppose that problems were not caused because there was the one market participant (stock exchange) in the market or the rivals were so small that it was clear that it is not appropriate to compare them with the potential violator. Both cases were finished with the commitments procedure.

The other factors which may raise problems in the market definition which Competition Council has met more or less regularly are:

- Products/services are offered in bundles. This factor may be especially relevant in the cases of electronic communication, when operators offer double-play and triple-play services.
- Geographical dimension of relevant market, when local markets overlap or it is necessary to evaluate something special circumstances like for example traffic flow for definition geographical markets of fuel.
- Regarding the markets which include infrastructure issues (cables) significant development took place after digital terrestrial television is available: before markets of cable television (+IPTV), satellite television and terrestrial television formed separate markets for customers and TV channels, after – Competition Council recognized that all three platforms are not still substitutable for TV channels, but form the one relevant market for customers.

What are the analytical tools that are capable of complementing or possibly substituting for market definition? What is their added value? When are alternative techniques more acceptable than market definition? Is it possible simultaneously to work with market definition and other concepts in an individual case?

We consider that there are no effective tools which can fully substitute the concept of market definition. In some specific cases (like above mentioned merger of two TV channel groups) precise market definition was not so important, because the effects could be established without precise. As for cases of abuse and for vertical agreements which could be exempted by *de minimis*, and actually for all the cases where we need to establish the position of rivals, we have to define the relevant market.

We propose the opinion that the definition of the relevant market is the first step in the competition analysis in such cases. The other question is: which tools could be used for the definition. We see that the formal approaches like, for example, SSNIP test (at least, in manner how Competition Council can allow itself to conduct it taking into account the available resources), are not enough, and much more sophisticated methods should be used especially in markets of differentiated products.

The simultaneous work at two concepts – market definition and other – is possible in individual case, but we consider that finding and understanding of effect is not possible without at least a small delineation. Usually it is very important to establish – is the company under investigation dominant.

Within this concept we would like to mention like example of simultaneous ways one of the last year's developments in the field relevant market definition. Market definition is necessary for understanding the positions of company under investigation and its competitors. The development followed the amendments in Competition Law.

The concept of dominant position in retail was introduced in Latvian Competition Law in 2008, and in 2010-2011 we started to implement it in practice. The difference from classical concept of dominance is that dominance *in retail* means that dominant undertaking has market power only in one side of market, particularly – in the side of suppliers, but not in the side of consumers. Within this concept it is possible that there are some (many) dominant undertakings in retail. If classical dominance in Latvian law should be proved by proving fully or at least partly possibility to conduct independently from clients, suppliers, customers and competitors, dominance in retail needs purchasing power and supplier's dependence to be proved. In this situation seems that market is defined in law – market of retail, and we could start to define the positions of competitors. But Competition Council when investigated cases concluded that it is reasonable 1) to define the narrower retail market – retail in supermarkets, hypermarkets and so on – market where we establish the purchasing power and 2) to define, in addition, market where violation took place – the certain category of goods, where relevant supplier depends on retailer. We established the dominance of two biggest retailers in purchase market and in retail of relevant categories of goods (milk category, edible oil category and cookie category). Almost before behavior of largest retailers showed that companies will be and should be recognized as having buying power that allowed them to force suppliers to agree disadvantageous contracts and also complaint from suppliers clearly showed that the dominance (buying power) existed. We described in our decision also these proves of behavior which reasonably shows superiority of power at the market. So, it could be concluded that in the individual cases two approaches could be used simultaneously, but as the norm of Competition law was new in that moment, we would not like to risk losing the decision in the court, and putting the market definition and establishment of dominant position in these markets into the first place.

We agree with opinion that market definition and its important component (analysis of substitutability of demand and supply side from product and geographical perspective) is essential concept of competition law. Competition analysis couldn't be started without any analysis of market boundaries as

it needs answering the question – if the company is dominant. In the light of abovementioned we can cautiously suppose that analysis of how companies deal with clients or customers or suppliers (agreements, conditions, terms, flexibility, responsibility and other) in general can show the level of market power and predominance. However company, even if it is dominant, may conduct honestly and justly dealing with counterparts and the market power will not be seen through these issues. And if we will go this way we will have to analyze activities of many companies which could be considered as competitors. So the alternative ways of investigation can be time-consuming and difficult like traditional way (traditional market definition), as well they can raise additional questions to be responded and additional analysis.

Is market definition an essential component of competition law? To what extent can the concept be “surgically” extracted and replaced in the law? What are the legal and/or institutional prerequisites for moving away from a market definition based competition law? What would be the consequences?

At the moment the level of competition policy in Latvia does not allow to avoid traditional methods in the establishing of dominance, to avoid market definition before determination of positions of competitors in the market. Competition Law does not prohibit Competition Council to use alternative approaches for determination of dominance and position of competitors, if they are rational, logical, grounded with evidences, but we don't see other effective tools which could be used in regular basis instead of traditional market definition. Experience accumulated by Competition Council when it evaluated positions of competitors, anticompetitive effects, etc. using more or less alternative methods or using simultaneously traditional and alternative methods, does not allow yet to create universal alternative concept.

MALTA

1. Introduction

Increased economic approach to competition policy has put market definition at the centre of the process of application of the competition rules. The Office for Competition (henceforth 'Office') in Malta, has followed the practices adopted by the European Commission and EU national competition authorities in using market definition as the basis for antitrust and merger analysis. While the Office acknowledges that there are a number of alternatives that are being explored, it has never resorted to any method, other than the market definition approach.

2. Market definition in small jurisdictions

It has been generally recognised that market structures in small economies tend to be more concentrated, primarily because it can only support a small number of market players in each industry. In fact, in smaller economies there is a greater propensity for markets to be saturated. Moreover, due to the small size, the domestic market in many sectors is characterised by natural monopolies and oligopolistic structures. For instance, in the market of electricity, only one company, Enemalta, provides this service in Malta. Similarly, in the transportation market, there is only one company that offers the ferry service between the two sister islands. Moreover, the banking industry in Malta is considered to be an oligopolistic structure as it is characterised by a few major banking companies. This is also the case for the importation of new cars where the market is composed of a small number of major players.

This, notwithstanding, a market definition remains essential as an initial step in the analysis to determine the level of substitutability in the product/service market and the extent of the geographic market. Hence, the small size and insularity of the market does not exclude the availability of substitutes and access to foreign markets. Indeed according to the 7th Edition of the Consumer Scoreboard, Malta had one of the highest percentages for online cross-border sales during the year 2011¹. Thus, even in small States the importance of defining the relevant market should not be underestimated.

From a practical point of view, it may be pointed out that, given that the proposed alternative methodologies to market definition are still being developed, the application of these methodologies may prove more difficult for competition authorities in smaller jurisdictions, where it is more likely that resources are scarce and the data incomplete and/or not readily available. Indeed smaller competition authorities may lack sufficient expertise to perform the novel methods of assessing any anticompetitive effects and in the circumstances, find comfort in being able to rely on EC Commission guidelines, European jurisprudence, OECD and ICN documents and cooperation with other national competition authorities for guidance on the most adopted methodologies to assess any particular anticompetitive effects on a market. In addition, difficulties in applying the novel models may continue to put pressure on the limited resources available to the competition authorities as own primary data has to be collected.

¹ European Commission (2012), Consumer Conditions Scoreboard – Consumers at home in the single market - Monitoring the integration of the retail single market and consumer conditions in the Member States, Seventh edition, pg 16-17.

3. Analysis of competitive effects

3.1 *Antitrust*

The concept of market definition is well recognised as a key factor in the assessment of antitrust cases. Over the years a wealth of information on market definition has flourished and as a matter of fact jurisprudence and doctrine provide ample guidance in relation to defining markets. As the concept of market definition is now amply tried and tested, the concept provides a consistent and solid basis in decision-making. If competition authorities had to completely cast aside the concept of market definition and resort to new methodologies, this will be lost.

Having said this, the Office is aware of the limitations of delineating a relevant market. As pointed out by Carlton², the methodology of market definition may fail to provide explicit information on the degree of competition in a market. This is due to the fact that high market shares may not necessarily reflect lack of competition in a market and similarly, markets characterised by low market shares may in fact be characterised by lack of competition. However, in conducting its analysis, the Office does not rely solely on market shares but pays special attention to other factors that characterise a market, notably the ease of entry and exit from the market. Nevertheless, in order to assess such factors, delineation of a relevant market remains crucial. Moreover, another weakness related to the market definition methodology relates to the fact that substitutability may not be completely evident and therefore information on substitutability has to be deduced from primary collected data which may also lead to data interpretation problems.

In addition, several other authors highlight that market delineation is improper in antitrust cases involving differentiated products. This remains a dilemma for the Office as defining markets in differentiated products cases may lead to a particular situation of either defining the market too narrowly or too widely. This will imply that it can be the case that firms are found to have a dominant position in narrowly defined markets and thereby a complete market assessment will be carried out. Moreover, in defining a market too broadly, no undertakings may be found to hold a dominant position and no further anticompetitive assessment will be carried out which may mask a case of anticompetitive conduct. While acknowledging the limitations of the market delineation in such cases, the Office still applies the concept of market definition. However, it pays particular attention to all the characteristics of the markets in consideration prior to concluding its cases.

3.2 *Concentrations*

With respect to merger analysis, the Office also relies on the definition of the market and any decision issued is based on an assessment of the market definition.

It has always been acknowledged that market definition is an intermediate step as it does not directly assess the effects of a merger. In view of this, novel methodologies are being proposed by several proponents to replace the market definition test. For instance, Farrell and Shapiro introduced a test that helps to address the question of unilateral effects and looks at the upward pricing pressure resulting from a merger which basis itself on the price/cost margin of the products sold by the merging undertakings and diagnoses the magnitude of direct substitution of the two firms' products³. The main advantage of using pricing pressure indices, such as GUPPI, in the analysis of horizontal mergers in the differentiated product industries is that they focus the analysis on the most important aspects that determine unilateral effects such as diversion ratios, profit margins and merger specific efficiencies.

² Carlton, D. (2007) Market Definition: Use and Abuse, Competition Policy International, vol 3, no. 1.

³ Oxera Agenda (2011), Unilateral effects analysis and market definition: substitutes in merger cases?

Merger simulation has also been explored as a possible substitute to market definition. Nonetheless, each model has its limitations. As pointed out by Werden⁴, these novel tools have substantial limitations particularly when the available data is inadequate for the estimation of the relevant elasticities of demand and since the tools are premised on a particular model of competition, they cannot be considered reliable when that model does not fit the industry relatively well. The GUPPI also has a number of limitations including the fact that it does not take into consideration second-order effect, such as price repositioning by the other merging undertaking or its competitors and the estimated price rise need not materialise for final consumers⁵.

While the Office acknowledges such viable alternatives to market definition, the Office will use a cautious approach when using such models to replace market definition in its analysis. This is due to the fact that such methodologies require substantial amount of reliable data in order for the analysis to be performed well. In order to calculate UPP and GUPPI in merger analysis, particularly in horizontal mergers, data on diversion ratios between merging parties' products as well as data on margins is required. Where data is not readily available and still has to be collected, as in for instance through customer surveys, this may prove to be too much time consuming given the time limits imposed by the Control of Concentrations Regulations, apart from cost considerations and the added pressure on limited available resources. Similarly, merger simulation involves demand specification requirements which may pose a challenge given the level of data required. Furthermore, as Simons and Coate point out, failure to ground the simulation in a relevant market makes it particularly difficult to fully evaluate the price predictions⁶. Hence, even if a simulation is used, the concept of market definition cannot be totally abandoned.

As much as market definition has become a much debated subject, when conducting merger analysis, the Office has always sought to look into other factors which primarily stem from the delineation of a relevant market. These include market shares, concentration levels, changes in the concentration levels of the situation of the market post merger and the overall characteristics of the market under analysis. Therefore, if the concept of market definition had to be relinquished, all these pertinent factors in the analysis of concentrations will be foregone.

The Office has some reservations on the new models proposed, since they do not take into account a number of factors which are potentially important for evaluating the likely competitive effects of a merger. The fact that it omits factors such as potential supply side responses, the multi-product nature of firms' potential price interdependencies, possible entry of new competitors when postulating a post-merger price increase, dynamic factors such as network effects and learning by doing, may result in incomplete competitive analysis when conducting merger analysis.

As a general tendency, the Office has taken note of all the difficulties or limitations posed by such models and wishes to put forward its concern on how these models, given their novelty may be defended by competition authorities before a court of law. While Carlton and Israel may have gone too far in claiming that 'to eliminate market definition would likely lead to arbitrariness and discretionary havoc in court'⁷, the Office is of the view that the Maltese judiciary might be hesitant to favour the use of such models, given that there is no widespread consensus on their applicability. In general, in view of the fact

⁴ Werden, G. (2012) Why (Ever) Define Market? An Answer to Professor Kaplow, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655

⁵ Oxera Agenda (2011), Unilateral effects analysis and market definition: substitutes in merger cases?

⁶ Simons, J. and M. Coate (2010) Upward Pressure on Price Analysis; Issues and Implications for Merger Policy, *European Competition Journal*, vol. 6, no. 2, pp. 377-396.

⁷ Carlton, D. and Israel, M. (2010), Will the New Guidelines Clarify or Obscure Antitrust Policy?, *The Antitrust Source*.

that the delineation of the relevant market has been more widely accepted and implemented, it is likely that the Maltese courts will favour more the market definition approach.

4. Market definition has a legal basis

Under the Competition Act, market definition as such is not an express pre-requisite for a finding of anti-competitive collusive behaviour or abusive conduct by the Office or courts. Nevertheless, the block exemptions under the Act and various EU block exemption regulations, notices and guidelines, which the competition authority and the courts consider in the application of Maltese and EU competition law contain safe harbours based on market share thresholds. It is axiomatic that, in order for the Office or the court or for the undertakings carrying out a self assessment to be able to determine the market share, the market must first be defined.

Moreover, both for determination of market power under the restrictive agreements/concerted practices provisions and in order to establish dominance under the abuse of dominance provisions, the existence and intensity of entry barriers must be assessed and this may only be done if the relevant market has first been defined. Furthermore, for the purpose of establishing certain anti-competitive or abusive practices such as illegal tying, market definition is crucial to determine the distinctiveness of the tying and tied markets.

On the other hand, the Control of Concentrations Regulations that deal with merger control specifically require notifying parties in the notification form to define the market. The Regulations also refer to the relevant product and geographic markets in the context of the simplified procedure. The evaluation test under these Regulations is not the dominance test or the EU's SIEC test but the SLC test as in the US. Though there is no requirement to determine whether the concentration creates or strengthens a dominant position and the evaluation is focused instead on whether or not the concentration will lead to a substantial lessening of competition, market definition is still required for a proper assessment as the affected markets can only be identified if the markets have first been defined.

Public enforcement of Maltese and EU competition law in Malta is carried out by the Office. Backed by the expertise of its law and economics trained personnel, the Office not only carries out an investigative role but itself determines whether or not an infringement has occurred. Its decisions, however, including its economic findings, are, on appeal, fully reviewable by an independent specialised administrative tribunal presided by a judge whose members include an economist. Market definition, or any other alternative technique that might be adopted in future, is therefore carried out at both levels by properly trained economists. Although there is a further possibility of appeal to the Court of Appeal, this is limited to points of law.

Moreover, even where competition law issues arise in private actions before the civil courts, the courts are obliged to refer these competition questions to the Office so that it may issue a detailed report that would then be taken into consideration by the court in determining the claims before it; where the private action is an action for damages following on a finding by the Office or the European Commission of an infringement of the competition rules that has become *res judicata*, the court is required to comply with the said administrative decision. Hence, even in the course of civil proceedings before the courts, economic assessment is carried out by properly trained economists and the courts in Malta, will only need to engage in a market definition exercise in limited circumstances, as where the economic findings in the Office's report are challenged.

5. Conclusion

As highlighted by Lopatka⁸, the determination of a market will almost always remain subjective and therefore focusing primarily on the definitional issue may undermine the importance of establishing the competitive constraints on a firm and their consequences. However, the Office recognises the fact that while market definition has its own share of disadvantages, the assessment in itself provides a strong analysis of the market. It would be beneficial if jurisdictions which are using the novel methodologies proposed by several proponents, share their experiences with other national competition authorities to determine the benefits and difficulties encountered when using such models. The Office believes that market definition will continue to be used in both merger and antitrust analysis. However, it does not exclude using other models alongside market definition or as an alternative to market delineation in cases where market definition is not satisfactory. But, once a national competition authority uses these new methodologies, it may then be setting a precedent. This may mean that where the new models produce a different or conflicting conclusion than that reached when using a market definition, undertakings may have a better chance of successfully challenging national competition authorities' decisions. This would be undesirable where the new methodologies have not been adequately tested and shown to be reliable in all circumstances.

⁸ Lopatka, J. (2011) Market Definition? Review of Industrial Organization, vol. 39, no. 1-2, pp. 69-93.

PERU

In Peru, the Defense of Free Competition Commission (hereinafter, the Commission) of the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property (Indecopi) has an important experience in the assessment and definition of relevant markets using the most widely accepted –also called traditional– economic and legal methodologies. However, as we will see, in recent years the Commission have had the opportunity to enrich its analysis in some decisions by looking for new concepts from modern economic research although not displacing the traditional model, because our legal model strongly relies on the market definition methodology.

In general, the decisions of the Commission reflect the traditional approach over markets consisting on the definition of the product and geographic markets as the basic elements to determine the economic framework where competitive behaviour of the market actors will be assessed. This approach has been accepted in most countries, mainly because of the large influence of the antitrust systems of the United States and the European Union.

Furthermore, this traditional market definition is a fundamental step in the analysis of anticompetitive behaviour, not only as an economic concept but also as a legal obligation for the authority. Indeed, the Peruvian Competition Act provides the need to establish a preliminary definition of the relevant market, based on product and geographic markets methodology, in order to initiate a procedure for an alleged abuse of dominant position or vertical restraints. Such definition of the market is then debated by the defendants. Ultimately, the Commission has to define the relevant market in finding an infringement of the Competition Act. The Tribunal of Indecopi, acting as a second instance, can review the market definition of the Commission and re-define the market based on its own considerations.

On these regards, market definition is a legal step for the authority to follow in its assessment of anticompetitive conducts. Nevertheless, in enforcing the Competition Act, the Commission has used some new approaches from the economics field in order to complement its market definition methodology or to explain in a more comprehensive manner the level of competitive constraints on the undertakings in a particular procedure.

For instance, in deciding a case where a shopping center allegedly agreed with a fast food restaurant chain to deny its facilities to a latter's competitor, the Commission importantly based its decision on the two sided markets theory. The Commission determined that the indirect net effects generated by the platform (the shopping center) in managing two inter-dependent demands (the demand for fast food hamburgers and the demand for commercial premises), and the lack of "*multihoming effect*" defined the relevant market as the shopping center itself. Therefore, it granted the platform a dominant position in the market. The defendants had alleged that the market was defined as every area suitable for commercial premises. The firms' appeal is pending decision by the Tribunal.

Also, in recent reports where the Technical Secretariat of the Commission evaluates the existence of competition in the provision of different port services (e.g. dangerous goods freight for export), the authority has frequently used the concept of "bundled services" in order to better understand and explain the competitive constraints that are placed on companies that offer port services. The analysis of

bundling is very important as, whenever a service is provided in a “package” with other services and there is a high degree of complementarity between them, the market definition and the analysis of competitive conditions shall not be conducted over an individual service but on the package.

ROMANIA

1. **Introductory remarks**

1.1 *Our approach*

Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between undertakings. It serves as a tool to establish the framework within which competition policy is applied by the competition authorities. It is important to note that the definition of the relevant market, whatever methodology is used, provides an image of the market as close as possible to the reality, without offering a perfect picture of the market and the forces affecting it. The inherent weakness of any estimation of such a complicate concept, such as the relevant market, should be assumed and taken into account from the beginning of any analysis undertaken on this basis. The current antitrust practice is in line with such a prudent requirement, as most jurisdictions use a methodology for assessing the effects on competition in which the market share is only the starting point of the analysis.

Hence, the relevant market is relevant only for competition issues and has little use outside competition law. Like a reactive in chemistry, the relevant market has the role to provide indications of what lies beneath the surface of an economic process without fully explaining the functioning of the process.

This is the rationale based on which Romanian Competition Council uses relevant market definition in its current activities.

1.2 *Basics*

The relevant market has traditionally been determined by defining the market in which a firm operates and then assessing the degree of power that a particular firm has over that market.

The emphasis on market power constraints lead competition analysts to refer to a market as the set of products in a certain geographic area that can be considered reasonably close competitors of the undertaking(s) in the case at stake – a concept that practitioners have attempted to formalize in the hypothetical monopolist test. The relevant market should contain all those substitute products and regions that provide a significant competitive constraint on the products and regions of interest. In this respect, market definition is one of the core issues of competition law. Therefore, various instruments have been created in time, for that purpose, which progressively introduced a series of factors for a more accurate delineation of the relevant markets.

2. **Difficulties and limitation of the market definition concept**

There is rarely a clear-cut separation between the product or services inside the market and those outside the market. Undertakings inside the market are almost always differentiated by product positioning or geography. On the other hand, undertakings outside the market, in principle, may exert some competitive constraint. Relevant markets are not islands but just pieces of the huge puzzle of the economy. The main danger in using this tool is that, in order to identify a specific market, the parties will have a simplified approach of the framework, deliberately or accidentally ignoring data that may be important for

the final result of the analysis. The simplification makes sense from a practical point of view but practitioners should keep their mind clear and consider, whenever necessary, that the markets do not exist and operate isolated but in complex relation with other markets.

It is generally acknowledged that market definition may be problematic under certain conditions, such as differentiated products, two-sided markets, high technology industries, intervention of the regulatory authorities.

RCC's response to the problems is inspired mainly by European Commission practice and jurisprudence of the European Court of Justice, but we occasionally took into account the practice of the U.S. antitrust agencies.

3. How RCC works with the market definition tool

3.1 Differentiated products

In markets with strongly differentiated products, the relevant market concept has serious limitations (e.g. branded products with different market positioning such as cars, pet food, crisp bread, ready meals). Price competition, which is at the basis of the SSNIP methodology, is not so relevant in such cases.

There is also differentiation according to quality levels. Even though "budget" products are not in direct competition with luxury brands, no obvious line can be drawn between any possible product markets. Subdividing the relevant market based on the very product differentiation is one of the fundamental basis for competition risks of defining markets much too narrowly and overstating market power, so that dominance is found where none, in fact, exists.

The price effect of a merger depends on the closeness of substitution of the merging brands relative to the remaining competitors. Therefore a range of empirical tools for market definition purposes has been developed. Since from a competition practitioner's perspective a market is mainly framed in terms of demand-side behaviour, these empirical tools usually involve a study of substitution patterns of the buyers. Consumer surveys and econometric models providing price elasticity estimates are the most direct and precise tools for market definition, as they are directly relevant to the SSNIP question. Nevertheless, such direct forms of evidence on consumer behaviour are not always available. The analysis undertaken by RCC tries to replace a market study based on genuine reactions by the consumers and it is obvious that our work is somehow performed "in the dark", based on assumptions and included in a kind of best-efforts approach.

The inclusion of a product in the relevant market does not imply equality of status: in differentiated product markets, some substitutes are closer to others. Negotiating this uncertainty even while properly defining the market space is what renders market definition difficult. In the end, market definition involves classifying a candidate product as inside or outside of the relevant market. Inclusion depends on the extent of substitutability between the candidate product and the product under investigation. When a candidate product is a close enough substitute to constrain the market power of the firm(s) under investigation, it is included and labelled as inside the relevant market. Alternatively, when it is not a close enough substitute to constrain market power it is excluded and labelled as outside the relevant market. In that sense, competition literature stresses the idea that market definition is not only about identifying substitutes, but also about ranking them.

Ultimately, the process of market definition can be described as the application of a decision rule, which classifies a candidate product as either in or out of the relevant market. The decision to include or exclude a candidate product depends on RCC's belief concerning the relative odds that a candidate product may be a close substitute. However, even for differentiated products, defining a product market adds

structure and (legal) transparency to the market analysis. Nevertheless, in markets with differentiated products, market definition has only very limited precedent power for future investigations in the same sector.

3.2 Two-sided markets

In markets where two-sided platforms compete, the situation is even more complicated and the doubt is likely to be over whether or not the two-sided firms offer sufficiently differentiated products that they should not be considered in the same market. For a two-sided platform, each side is a complement for the other side. Prices and profits for two sides are interlinked. Profit maximization decisions are based on the platform as a whole, rather than on sides taken separately. Therefore, the pricing analysis (SSNIP test) must consider the two sides of the market and their interactions.

Generally, it is not possible to examine price effects on one side of a market without considering the effect on the other side and the feedback effects between them. The right question to ask is whether the firms under consideration, if they merged today and priced as a monopolist, could raise the total price by 10% or more.

RCC would not consider a price increase of 10 % in one side of a two-sided market (in which the other side has no increase) as seriously as a price increase of 10 % in a one-sided market. Likewise, it must not ignore any countervailing price decreases that occur on the other side of the market. Once these interdependencies are taken into account it could be that the merged firms could raise combined prices by only a trivial amount.

3.3 High technology industries

RCC is aware that with high technology products, substitution analysis becomes much more difficult than in mature industries. Most obviously, data for estimating cross-elasticities, which is often lacking even for products in mature industries, is not often available at all for high technology industries. In addition, it is often difficult to determine whether and to what extent substitution is feasible between (or among) products that are highly differentiated and/or employ different technologies. The ability of customers to utilize specific high technology products in their businesses is frequently based on whether that product satisfies their own technical and economic criteria, rendering even qualitative analysis of the substitution possibilities more difficult. Even where such data is available, it hardly ever provides definitive views as to the elasticity of substitution between two products.

The SSNIP test presents a set of challenges for analysis of high technology industries:

- Identifying the competitive level of prices to be used as a benchmark to assess the impact of a SSNIP. This is much more difficult for highly differentiated products than for commodity or lightly differentiated products. With highly differentiated products, price and performance variations can be very substantial and markets may appear to be fragmented, with many customized products tailored to specific users and/or applications. In such circumstances, even assembling comparable price series for competing products may be difficult or impossible;
- Identifying the magnitude of "small, but significant" that should be used in this context. In high technology industries, where non-price competition is often far more important than price competition, the appropriate price change for antitrust analysis will certainly be larger than 5%. Even at 20%, the SSNIP test may find an overabundance of small "markets" involving new products.

Additional problems occur in the measurement and interpretation of market shares and market concentration. In that respect, HHI analysis will overstate industry concentration levels, if markets are defined with reference to product differentiation.

Thus, in high technology markets, therefore, there is a substantial chance that traditional antitrust analysis and tools will result in findings that anticompetitive behaviour exists when such behaviour may well be pro-competitive.

RCC is aware that there is need for a set of tools and analytical techniques that would eliminate or, more likely, reduce the chance for such errors, to ensure that the incentives for innovation are not harmed. For defining high technology markets one must focus on competitive conditions and competitive activity. In that respect, it is useful to:

- Identify customer views about the scope of competition by quantifying customer needs and customer response to product innovation by various suppliers. The information may help to quantify the relative importance of various performance parameters and to determine whether the innovative activity that has occurred (or is being alleged) constrains behaviour sufficiently to support a specific market definition;
- Evaluate innovative activity (e.g., research and development expenditures and trends, product innovations and introductions and performance enhancements). Where innovative activity is high, it is unlikely that dominance may exist;
- Perform an assessment of competitive activity (e.g. shifts in share, the impact of potential entry, shifts in customer purchases). The evolution of shares over time is necessary to identify substantial shifts in share. Analysts suggested that the scrutiny must cover at least four to five years. Where this has occurred and is (or has been) expected to occur, this should be interpreted as an evidence of competitive forces and a broad market;
- Evaluate pricing responses and flexibility. High R&D spending relative to sales is generally an indication that participants view product performance as the ultimate arbiter of competitive strength.

3.4 *Intervention of the regulatory authorities*

In RCC practice, existing national legal and regulatory regimes have played a significant role in defining both product and geographic markets. The use of specific technical standards in public procurement, for example, may impact upon product substitutability and, therefore, on product market definition in markets where government procurement plays a major role.

National regulatory policies have played a greater role, however, in defining both product and geographic markets. One example is provided by the intervention of national regulator in postal sector. In order to ensure the sustainability of universal services in postal sector, the regulator exempted¹ from competition items of correspondence, which were reserved for the incumbent (Posta Romana), as postal universal services provider. Between 2005 – 2009, Posta Romana was investigated for a number of alleged anticompetitive practices on postal services markets including an excessive pricing policy for the provision of direct mail services started in 2005 and a discriminatory treatment (March 2008 – August 2009) on the

¹ According to Directive 2002/39/EC of the European Parliament and the Council. The Postal Directive 2002/39/EC amends the initial Postal Directive (97/67/EC) by defining further steps in the process of gradual and controlled market opening and further limiting the service sectors that can be reserved;

markets of direct mail and bulk mail. Unlike bulk mail services, which are reserved² for Posta Romana in order to fulfil its obligation as postal universal services provider, the direct mail was not included in reserved postal services area. Even though the degree of substitution between those two services increases over the time³, the intervention of the national regulator was decisive in defining two separate markets for these postal services.

Also, the intervention of some municipalities from Romania regarding rights of way for telecom infrastructure (poles, ducts) could change the market condition and affect the geographic market definition in telecom fixed markets (especially broadband services).

4. The accuracy and usefulness of market definition in competition law enforcement

4.1 Merger analysis

In its practice on merger analysis, RCC proceeds in a step-by-step way, starting with the market definition. Only after the market is defined, the market participants identified and concentration levels determined, the likely competitive effects of a transaction are assessed. Inevitably, both product and geographic market definitions involve matters of degree and an element of arbitrariness. The process examines likely consumer responses when not all consumers are alike. The availability of data may bind the inquiry. Similarly, market definition necessarily involves a time element, particularly when supplier response is at issue. Therefore, focusing on market definition may risks obscuring the ultimate question, which is whether the merger is likely to impede effective competition.

4.2 Antitrust cases

The *ex post* assessment requires to take into account the state of the market as it was when the infringement was committed. However, so long as an abuse of a dominant position was established or provided it was reported that an agreement had an anticompetitive object or effect, one may question the accuracy and usefulness of market definition in some infringement cases. This point was particularly addressed by the Court of First Instance in the Volkswagen case⁴.

² At the beginning of investigation for items of correspondence weighing less than 100g, later the threshold was reduced to 50g;

³ Similarities of the costs structure for providing the services and similar pricing policies. Moreover, *Directive 2008/6/EC of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 amending Directive 97/67/EC with regard to the full accomplishment of the internal market of Community postal services* acknowledge that „Direct mail consisting solely of advertising, marketing or publicity material and comprising an identical message, except for the addressee's name, address and identifying number, may be considered as an item of correspondence”.

⁴ The CFI held that: “As regards the scope of the Commission's obligation to define the relevant market before finding an infringement of the Community competition rules, the Court points out that the approach to defining the relevant market differs according to whether Article 85 or Article 86 (now Article 82 EC) of the Treaty is to be applied. For the purposes of Article 86, the proper definition of the relevant market is a necessary precondition for any judgment as to allegedly anti-competitive behaviour, since, before an abuse of a dominant position is ascertained, it is necessary to establish the existence of a dominant position in a given market, which presupposes that such a market has already been defined. On the other hand, for the purposes of applying Article 85, the reason for defining the relevant market, if at all, is to determine a comparative analysis whether the agreement, the decision by an association of undertakings or the concerted practice at issue is liable to affect trade between Member States and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market (Case T-29/92 *SPO and Others v Commission* [1995] ECR II-289, paragraph 74). Consequently, there is an obligation on the

Following the approach established at EU level, as far as Article 5 (1) from national Competition Law and Article 101 TFEU cases are concerned, the main object of market definition is to evaluate the anticompetitive impact of a given behaviour on the Romanian market as a significant part of common market. It may be considered that such an assessment does not pertain to market definition but to the analysis of the effect entailed by a given behaviour. Indeed, it may well be that the undertakings at stake are present on a given market but that their agreement has a wider object and results in impeding competition within the common market. Such finding does not necessarily mean that the market at stake is EU wide.

On the other hand, the approach is different for Article 6 (1) from national Competition Law and Article 102 TFEU (former Article 82 EC) infringement cases. Article 6 (1) of the Romanian Competition Law prohibits dominant firms from abusing their market position. It closely mirrors EC law under Article 102 TFEU. Given the legal requirement that its application should be consistent with EU competition law, the definition of the relevant market plays an important role in the competitive assessment conducted under Article 6.

The dominant position is defined as “a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”. Therefore is necessary to identify a company’s competitors, customers and consumers. In other terms, this approach consists in identifying demand and supply, and then to evaluate the perception of consumers.

RCC follows the European Commission’s practice, which in turn follows the prescription of European courts. In European competition law, the courts have consistently ruled⁵ that the Commission must define a market before a conclusion on the market position of the firm or firms under investigation can be reached. Even though the test of dominance is not relying mainly on market shares, it is a starting point in the process of dominance assessment in order to identify the possibility of the firm or firms under the scrutiny to hold a dominant position. In order to calculate market shares one must first define the market. In addition, identification of the market is necessary before one can sensibly analyse the nature of the assets needed to operate in the market and is therefore a necessary precursor of any meaningful discussion of barriers to entry. This overall analysis of the market structure and the nature of competition within it can then inform a view as to whether the party under investigation is dominant and therefore whether it is necessary to proceed to the second leg of the assessment: namely, the analysis of abuse.

Consequently, the definition of the relevant market has become an important, if not critical, element in the assessment of dominance under the Romanian and European competition law.

The main “danger” is to identify narrow markets, where a dominant position is more likely to be held and not to spot in itself a market as such, where conditions of competition are homogeneous and where

Commission to define the market in a decision applying Article 85 of the Treaty where it is impossible, without such a definition, to determine whether the agreement, decision by an association of undertakings or concerted practice at issue is liable to affect trade between Member States and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market (Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 *European Night Services and Others v Commission* [1998] ECR II-3141, paragraphs 93 to 95 and 105)”. Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 6 July 2000; *Volkswagen AG v Commission of the European Communities*, Case T-62/98. [2000] ECR II-02707;

⁵ For example, in *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities* (Case 6/72 (1973) ECR 215) the European Court held that a market must be defined before a dominant position can be found.

products or services are actually interchangeable. This is all the more the case in article 102 TFEU decisions as opposed to concentration decisions that, in the former, the abuse already took place, whereas in the latter, the procedure is to prevent the possible creation of a dominant position which may lead to ulterior abuses. It must be acknowledged that in both cases there are explicit or implicit assumptions about how much market power is to be tolerated and for how long.

5. Alternative tools - Direct effects evidence as a complement or possibly substitute for market definition

There is a variety of methods by which demand substitutability could be measured. Consumers simply could be asked to identify substitutes, or to respond directly in an effort to elicit their response to a hypothetical price increase. Direct inquiry of competitors may reveal the substitute products that they perceive to be a competitive threat, and/or to identify industry practice that is of evidentiary value. Cross-elasticity studies reflecting price relationships between products can be utilized. The characteristics of the products at issue, including their physical attributes, design, and normal uses, may be evaluated, to the end of identifying what a reasonable consumer could do.

Nevertheless, there are evidences that indicate the effects of competitive constraints between undertakings. As it was stressed above, the benefit of direct effects evidence lies in its potential to help define the relevant market, particular where it is difficult to apply the SSNIP test, its application offers inconclusive results or there are several plausible candidate markets, and where the resulting market shares lead to very different inferences regarding competitive effects.

Direct effects evidence is evidence indicating the likely competitive effects of a merger or practice that is not based on inferences drawn from market concentration alone. Examples of direct effects evidence used by RCC include evidence that competition between the merging parties has led to lower prices or other competitive benefits, changes in prices or output from a consummated merger, the results of natural experiments⁶ (effects of analogous events in similar markets), customer switching patterns and customer surveys.

In some merger cases, (e.g. Cosmote/Telemobil merger) direct effect evidence offered a perspective on the competitive constraints in the mobile markets and the merger's likely efficiencies as well as evidence that the transaction was motivated by the expectation of efficiencies.

6. Market definition - essential component of national competition law

6.1 *General approach of RCC*

The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure.

However, the enforcement of the provisions of national competition law would not be possible without referring to the market where competition takes place. In fact, the relevant market is the market where the competition takes place. The extent to which firms are able to increase their prices above normal competition levels depends on the possibility for consumers to buy substitute goods and the ability for other firms to supply those products. The fewer the substitute products and/or the more difficult it is for

⁶ A natural experiment refers to a prior change in industry structure – such as a merger, entry, failure, or temporary shutdown – or an analogous change in a related product or geographic market that offers insight into the effects of a proposed merger;

other firms to begin to supply those products, the less elastic the demand curve is and the more probable is to find higher prices. For all these reasons, it is necessary to define the relevant markets for the different cases which fall under the competition law.

6.2 *The importance of market definition in merger and antitrust cases - de minimis rule*

Market definition is an essential element in a broad range of antitrust cases. All abuse cases start with market definition as the first step in establishing that the defendant possesses monopoly power, an essential element in the proof of violation. In such cases, the ability to dominate rivals is directly dependent on market share. In *tie-in* cases, market power in the tying market must be shown. Substantial foreclosure of competitors from a downstream or upstream market is the critical element in finding an exclusive dealing violation. Foreclosure is normally measured by use of market share data. Cases challenging non-price vertical restraints, such as territorial protections and customer restrictions, must get through a preliminary market power showing, a showing based on market share.

While market share data, and thus market definition, is a central element in each of these types of cases, it does not follow that market share data carries the same weight in each case. Proof of market power is often used as a screening device to eliminate cases where there is no real likelihood that the conduct at issue could result in adverse price and output effects. Low market share in these cases provides virtually conclusive evidence that the defendant or defendants lack market power.

In that respect, RCC establishes market share and concentration levels below which the conduct in question is safe from challenge. According to national competition law, under 40% market share there is a presumption of non-dominance. In addition, except hard-core cartels, there is a *de minimis* rule for agreements between competitors (the combined market share of the parties that compete directly or are potential competitors should not exceed 10% on each market and 15% for the undertakings that are not competitors or potential competitors on the specific market).

In fact, market shares are virtually the exclusive measure of these safe-harbours. These screens and safe-harbours simply result either in the elimination of cases from the enforcement system or in taking the case to a more detailed analysis.

Although proof of market power is not required in all antitrust cases, in virtually all vertical cases, except those involving resale price maintenance⁷, some proof of market power must be made. In these cases, proof normally rests on market share but also direct effects evidence may be used.

There are cases where markets need not be defined. The most obvious cases are cartel cases in which the classic *per se* rule, which by definition does not depend on proof of market power, is applied. The *per se* rule does reflect a direct concern over the price and output effects of cartel behaviour, but is based also on the need to efficiently deter conduct thought to have adverse effects in almost all cases, and beneficial effects in virtually none, with a precise and unambiguous rule.

6.3 *The issue of liability*

The role played by market definition in antitrust cases is very important and must be fully understood. Market definition is and has been the first step in abuse of dominance litigation. On the other hand, liability

⁷ Because the analysis in these cases does not generally rest on the consumer welfare model, but focuses instead on notions of fairness, protection of small businesses and entrepreneurial independence, market definition is either irrelevant or employed for a different purpose, such as establishing the dependence of distributors on their suppliers.

often rests on how markets are defined. The identity of firms that bear liability may depend in some cases on whether they are in or out of a market. Also of considerable importance, relief will be aimed at eliminating anticompetitive conduct and effects within the market identified as relevant in the course of determining liability.

In the end, despite its shortages, the market definition remains an essential component of competition law and cannot be replaced by direct effects evidence or other tool.

RUSSIAN FEDERATION

In accordance with Article 4 of the Russian Federal Law on Protection of Competition of 26.07.2006 No. 135-FZ (hereinafter referred as the “Law on Protection of Competition”), a **commodity market** is an area of circulation of a commodity (including commodity of foreign manufacture), which cannot be substituted by another commodity, or substitute goods (further on referred to as referred to as a certain commodity), within the frames of which (including geographical frames) basing on economic, technical or other possibility, or expediency the purchaser can obtain the commodity and this possibility or expediency is absent outside its frame.

Analysis of a state of competition in the commodity market is carried out in accordance with the FAS Russia’s Order of 28.04.2010 No. 220 On Adoption of Procedure of Conducting an Analyses and Assessment of a State of Competition in the Commodity Market (hereinafter referred as “Order on Conducting Analyses” for the purpose of establishing the dominance of an economic entity (economic entities) and revealing other cases of prevention, restriction or elimination of competition, including:

- considering cases on violation of the antimonopoly legislation;
- making decisions in the frameworks of the state control over economic concentration with the exception of reviewing of transactions or other actions that are conducted inside a group of persons;
- solving issues on a forced division (separation) of commercial and non-commercial organizations carrying out business activity;
- keeping the Register of Economic Entities with a share of more than 35 pro cent.

In establishing of dominance of an economic entity (economic entities) it is not required to conduct a full-scale analysis of a state of competition in the commodity market in case an economic entity carries out production (realization) of goods under conditions of a natural monopoly as well as in considering of cases on violation of the antimonopoly legislation that were initiated on signs of violation of certain articles of the Law on Protection of Competition, namely:

- prohibition of agreements of economic entities that restrict competition (Articles 11, 11(1));
- prohibition of unfair competition (Article 14);
- prohibition of acts and actions (inactions) of federal executive authorities, public Authorities of the subjects of the Russian Federation, bodies of local self-government, other bodies or organizations exercising the functions of the above-mentioned bodies, organizations involved in providing public or municipal services as well as public extra-budgetary funds, the Central Bank of the Russian Federation that restrict competition (Article 15);
- prohibition of competition-restrictive agreements or concerted practices of the federal executive authorities, the authorities of the constituent territories of the Russian Federation, local self-

government bodies, other bodies or organizations exercising the functions of the above-mentioned bodies, as well as Public Extra-Budgetary Funds, the Central Bank of the Russian Federation (Article 16);

- antimonopoly requirements to tenders, requests for quotations for goods (Articles 17, 17(1));
- conclusion of contracts with financial organizations (Article 18).

As you can see from the mentioned above, a list of cases when there is a need to carry out a full-scale analysis of a state of competition in the commodity market is limited in a certain degree. It is necessary to take into account that 40 % of cases on violation of the antimonopoly legislation regarding abuse of dominance by an economic entity are initiated against subjects of natural monopolies (thus, the antimonopoly authority is guided by actual position of the economic entity in the market without carrying out an additional analysis of a state of competition).

One of the key violations of the antimonopoly legislation which requires to carry out an analysis of a state of competition in a commodity market is abuse of dominance position, including establishing and maintaining of monopolistically high prices for goods, withdrawal of goods from circulation by an economic entity, if such a withdrawal resulted in increase in goods prices. In order to prove the violation the antimonopoly authority shall determine the parameters of a product market, in which the violation took place (the geographical and product boundaries, the market's volume, market shares of undertakings and their dynamics). Otherwise, any behavior of the undertaking, including the reasonable increase of goods prices, may be considered not as an integral part of the market economy but as anticompetitive behavior, while misconduct may remain outside the purview of the competition authority. In such cases when actions of the undertaking in a market may be considered as anticompetitive on the grounds of formal features (oral or written agreements, dissemination of false information on the product, etc.), the full-scale analyses is not required.

On this stage, the FAS Russia sees the main intricacies in smoothing out the most controversial situations that raise in the analysis of complex product markets and not in proving of the necessity for the analysis of the product market in certain cases. For example, such situations may include availability of differentiated products in a product market (a differentiated product is a product that differs from analogous products manufactured by other firms according to the physical parameters or other parameters).

For such cases the Order in Conducting of an Analysis provides for several methods of detection of substitute goods:

- “hypothetical monopolist test”;
- analysis of pricing and price changes, changes in volume of demand when the prices change;
- calculation of the rate of cross-elasticity of demand.

Another type of a commodity market which makes it difficult to analyze the state of competition is the so-called two-sided market (network markets, which have two groups of users with the emergence of network effects between them).

In such cases, the antimonopoly authority reveals the qualities of the product, that determine the choice of the purchaser, and the goods, that are potential substitutes for the product.

Formally, the purpose of purchasing the product is not an important criterion in the analysis of the market, but if one can identify the different consumer properties of goods for different groups of buyers, the market may be “segmented”. Thus, the existing legal acts divide buyers into groups according to:

- methods and forms of participation in the turnover of goods (including wholesale purchasers and retail buyers);
- place of purchase of goods;
- requirements to the goods;
- specifics of the behavior of the goods market;
- other features.

Another type of a commodity market, which has recently attracted a lot of attention, is the R&D (“Research & Development”). This type of a market is not something unique from the standpoint of the Russian antimonopoly legislation, as the purchaser, seller, and most importantly, the specific object of sale are present in this market. For this type of a market the most difficult thing is to define the product boundaries. The tools provided for by the effective legislation allow us to carry out this activity with the help of analysis of the subject matter of the contract, concluded for commodities, national classifiers of works and services, opinions and comments of experts who possess specific knowledge in the respective sphere, and etc.

It is worth mentioning that the analysis of the competition environment of the commodity market is quite a complex procedure which is very time- and labour-consuming (the Russian effective antimonopoly legislation entitles the antimonopoly body to analyze the competition environment within the case hearing during the whole hearing period, provided that the case-hearing period is maximum nine months). Therefore, while carrying out some of its functions (*e.g.*, consideration of M&A applications within the state-control-over-economic-concentration function or analysis of certain categories of undertakings’ agreements), in case the commodity market can be categorized as “uncomplicated” (homogeneous commodity market, which geographic boundaries are established in advance due to the infrastructural features), the antimonopoly body often describes the market in general terms and fixes the possibility of the undertaking to exert significant influence on general conditions of the commodity circulation on the respective commodity market.

The demonstrative example of such an approach is the electric power market. This market is characterized as the one with homogeneous commodity (electric power), which geographic boundaries are defined by the free flow zones of electric power (the aforementioned zones are established, *inter alia*, with the FAS Russia’ participation), the other necessary information can be requested for in a fast and operative manner from the Non-Commercial Partnership “Market Council” (self-regulating organization of the participants of the wholesale electric energy and power market). In this case the antimonopoly authority may investigate only potential possibility of an economic entity to abuse its position in the market.

Summing up the mentioned above, it is worth mentioning the following:

- in the Russian antimonopoly legislation the necessity to carry out market research is reasonably optimized and will not be revised in the near future;
- the FAS Russia constantly improves practice of application of the antimonopoly legislation regarding the analysis of a state of competition in the commodity markets to have it comply with

changing economic realities and best practices. For these purposes in the FAS Russia in 2007 the Methodical Council on Issues of Application of the Antimonopoly legislation was created and has successfully been functioning. The Authority also carries out generalization and research of law-enforcement practice on a constant basis;

- necessity to carry out the analysis of a state of competition in establishing of dominance of an economic entity in the market is specified in the Law on Protection of Competition and by-laws. Changes in the law providing partial or complete cancellation of carrying out the analysis of a state of competition (and also introduction of procedures replacing the analysis of the market) in such cases is not planned. Respectively, probable consequences of such changes have not been estimated.

SOUTH AFRICA

1. Introduction

As recognised in the OECD's letter for the Roundtable, circumstances where the standard approach to market definition is difficult include differentiated products, two-sided markets, sectors with important R&D activity, and vertical settings. It has been suggested that alternative approaches should be used and even that market definition should be replaced as a tool of competition analysis. At the outset, it is worth noting that it is obviously wrong to see market definition as an end point, and as a mechanistic process of drawing a line around a set of products or services, rather than it being more properly part of the process of inquiry into market dynamics and market power. It is not necessary to employ advanced statistical techniques to appreciate this point.

Our focus in this contribution is on mergers. When we consider abuse of dominance cases, the effects based tests that are necessary under the South African law mean that a full analysis of market power is required in any event. It should be noted that this is not necessary for establishing dominance, as dominance can be determined by a market share threshold with a share greater than 45% meaning the firm is presumed dominant. But, in practice, the high hurdles for establishing effects mean that only firms with substantial market power can be abusing their position and only firms which have been well above the market share threshold have been subject to abuse of dominance cases brought by the Competition Commission.

In merger evaluation the authorities and parties follow a standard approach starting with market definition as part of addressing the substantial prevention or lessening of competition test. There is nothing preventing alternative analytical frameworks being employed, however, following international practice this quickly became the way the analysis has been done.

The institutional structure in South Africa, with cases being heard by the Competition Tribunal, has meant that there has often been detailed inquiry in contested cases into the competitive dynamics in practice with extensive evidence being heard from factual witnesses who are generally market participants, in addition to the merging parties. While this has sometimes been couched in terms of market definition, often it has been essentially about understanding directly what the nature of competitive rivalry and market power is.

We look at some of the difficulties with market definition by giving examples from specific cases.

2. Market definition in two sided markets – Media

Media markets are typically two-sided markets where the audience, often receiving the content at no charge, is attracted through the content offering and are sold to advertisers.

Understanding the competitive dynamics means appreciating that competition happens first for the audience. In theory, advertisers can be signed up in advance for an audience not yet reached but, in practice, media businesses have typically to establish the audience base before an advertiser will commit to paying for reaching it.

Competition in the newspapers and commercial radio illustrated by the two cases we describe below occurs on multiple overlapping dimensions including content, language, living standard measurement (LSM) and geography. While the offering can be seen as a simple bundle of characteristics in the competitive space, in practice the offerings establish a brand or identity.

2.1 *Media24 – Natal Witness*

This merger, heard in April 2012, involved printing and publishing community newspapers in the KwaZulu-Natal province. A particular concern was with the role and competitive significance of newspapers that were independent of the major publishing houses. This was for three reasons. First, there were geographic areas where such newspapers were the main competitive constraint. Second, these newspapers were not vertically integrated into printing and relied on obtaining printing from the operations associated with their rivals. Third, there was a particular public interest concern covering media diversity and the ability of small enterprises and those owned by historically disadvantaged persons to participate in the economy.

While the independent community newspapers were naturally much smaller and limited than those of the major publishing houses, it was argued that they had been the ‘pioneers’ in the words of one witness in producing newspapers in indigenous African languages. This is a rapidly growing segment of the market, and one entered by the major publishing groups.

The analysis thus involved understanding the different dimensions of competition and competitive significance of each of them, in order to make a judgement about the merger. This is an enquiry of defining markets, but without the need to define discrete markets, but rather overlapping sets based on the different dimensions. Which dimensions are accorded primacy is part of the judgement, not simply based on statistics but on factual evidence by participants.

The inquiry into rivalry at the printing level, for printing oriented at small community newspapers (given the ability to differentiate on price and other terms) raised similar challenges. Such printing is time-sensitive (to ensure the newspaper could be on the streets just before the weekend and the advertisers aim to target the weekend shopping), related to the type of printing press, and quality and delivery aspects.

2.2 *The Primedia/NAIL merger*

Similar issues arose in a merger relating to commercial radio stations heard by the Competition Tribunal in 2006.¹² The issue of market definition was intensely debated between the Commission, merging parties and an intervening party, Africa Media Entertainment which highlighted the importance of understanding the interdependence between the two sides of the market, or two customer groupings in such markets.

Advertisers seek a particular profile, and the willingness of advertisers to pay increases with the number of ‘target market’ listeners it can attract.³ Advertisers are concerned with a target market in terms of Living Standard Measures (LSM) (spending power), age profile, other demographics and geographic reach of stations. Radio stations compete for listeners through quality, format, mix of programming etc. In

¹ Although the case was determined on other grounds (of whether there was a change in control).

² Competition Tribunal ruling in the matter between Primedia Ltd, Capricorn Capital Partners (Pty) Ltd, New Africa Investments Ltd, and the Competition Commission and Africa Media Entertainment, Case No. 39/AM/May06, 12 February 2007.

³ These target listeners are those with the greatest likelihood of buying their product.

South Africa, radio stations are also constrained in their offering by the licence conditions placed on format.

The merger concerned the two main stations, Highveld and KayaFM, in the Johannesburg area, licenced for the adult contemporary music format, broadcasting predominantly in English, and targeting the 25-49 age group in the higher LSM spending band.

Kaya is specifically licensed as an African focused, adult contemporary/jazz music station, while Highveld is licensed simply as adult contemporary. At the time of the merger almost all of Kaya's listeners were black African while Highveld's listeners were predominantly white. The Commission adopted a dynamic approach to rivalry in arguing that the flexibility within the licence meant that the listener profile by race was the reflection of their competitive strategies, and that there was an evolution in the profiles as, in particular, Highveld sought more black listeners reflecting the growth of the black middle class and its attractiveness to advertisers. The merging parties used a static market definition approach to argue that the existing profile meant the stations were not competitors for listeners or, if they were, then the market had to be much wider.

There was also a debate about whether stations which broadcast nationally were competitors. While listeners would likely see the stations with similar content offerings as close alternatives (and this was reflected in internal strategy documents), the issue was the interplay with advertisers, given the importance of the greater Johannesburg area for advertisers.

Statistical analysis can undoubtedly assist. However, the fundamental challenges regarding how to understand the dynamic interplay between the two sides of the market, and the fact that the segments served is itself the outcome of firms' competitive strategies on the listener side, require the kind of interrogation of the way in which this industry operates that the Tribunal hearings are well suited to.

3. Product and geographic market definition

3.1 *JD Group Limited and Ellerine Holdings Limited*

On 30 August 2000, the Tribunal prohibited the merger between JD Group Limited (JD), and Ellerine Holdings Limited (Ellerine).⁴ The reasons were the extent of concentration and likely price increases that would result in the furniture market for sales on credit to a particular group of customers in the Living Standards Measurement (LSM) range of 3 to 5. The merging parties had argued for one very wide mass-market for furniture and appliances, in which their share was relatively small. The Commission had argued for many local markets.

The Tribunal's finding identified the merging parties as being in a national market, but with a narrower product range. In particular, the furniture stores were in a separate market from large appliance discount stores and from local 'independent' stores, due to various factors including critically the national furniture chains sophisticated capabilities to offer credit to lower income consumers many of whom did not have bank accounts. Even in instances where the discount stores offer credit, their criteria are usually more stringent. Other differences included the format, layout and product offerings of the stores and the fact that discount stores are located primarily in urban centres while furniture stores are located throughout the country.

The importance of credit overlapped with the definition of the geographic market. While it was apparent that when purchasing furniture, consumers buy from regionally located suppliers, the key

⁴ Competition Tribunal case number 78/LM/Jul00.

question is whether local independent suppliers provide competitive discipline to the large chains. The Tribunal concluded that the market was national as prices and credit conditions were set nationally, without regard to the regional conditions of different stores. Although it was apparent that store managers of the different chains had some latitude, the Tribunal stated that this latitude was actually very limited and that independent stores did not have the same sophisticated credit operations.

The merging parties targeted specific groups of customers based on their income and spending patterns, which also influenced the branding and format of the stores. The retailers used LSM categories in which customers are segmented according to criteria such as education, expenditure, residence, degree of urbanisation, access to household electricity and motor vehicle ownership.

The merger would thus have substantially lessened competition in furniture retail on credit to low income customers (those in the LSM 3 to 5 category), given the high barriers to entry and the fact that the transaction would have resulted in the removal of a credible competitor.

3.2 MTO/Boskor

The complexity of competition and the value of factual witnesses from the industry in question to complement data analysis was reinforced by the MTO/Boskor merger in which market definition was a key source of dispute between the merging parties and the Competition Commission.⁵ This is a merger with both vertical (supply of sawlogs to sawmills) and horizontal (sawmilling) elements. Key to the dispute is the horizontal aspect of the merger wherein the Commission argued for a narrower geographic market while the merging parties arguing a wider geographic market. The dispute itself highlights a number of issues.

First, it is important to understand and reflect on the implications of market segmentation (for example, different dimensions of sawn timber for various applications) when undertaking the exercise of market definition. This is significant not only for understanding the extent of the market, but also in assessing the likely effects given that some market segments may be more exposed to the likelihood of anti-competitive effects than others. Different market segments face different competitive circumstances and consequently prices. In the MTO/Boskor merger, challenges included the choice of data suitable enough to be representative given that in a segmented market the effects of transport costs vary across different product dimensions. Smaller dimension products faced lower prices and relatively higher transport costs compared to higher dimension products. This merger thus highlighted the interplay between geographic market definition and product market definition in segmented markets. Although the product market definition was largely not disputed, it is the product segmentation that posed challenges for geographic market definition. Average prices across market segments tend to mask some important competitive features associated with each market segment. The use of average prices in the assessment created scope for rendering potentially complementary tools (such as price tests) less useful. Price tests based on average prices contradicted the conclusions of traditional approaches to market definition. In addition, once-off events, in this case fires can impact on patterns such as transport flows twisting the conclusions drawn if there is not a full understanding of the reasons for what has been observed.

Second, the merger highlights the importance of understanding the interaction between the conduct and likely effects, and the exercise of market definition; and not to treat market definition as a discrete activity, separate from the assessment of effects. In this case, there was evidence of foreclosure of local rivals by the merged entity, yet the merging parties argued for a wider geographic market in which

⁵ This merger is currently before the South African Competition Tribunal for adjudication following an application by the merging parties against the Competition Commission's conditional approval of the merger.

foreclosure would not be profitable. The conduct is therefore likely to shed some light on the extent to which a firm may or may not have market power. This kind of evidence may also be useful in assisting in the exercise of market definition.

4. Market definition where R&D is significant - the Pioneer/Pannar case

In late 2010, the Competition Commission considered the merger between Pioneer Hybrid International, a subsidiary of Dupont, and Pannar Seed,⁶ a long-established South African seed company. The transaction was prohibited by the Commission as it was shown to be a three-to-two merger in the market for the breeding of hybrid maize seed in South Africa, and the Commission believed that the anti-competitive effects arising from this change in the market structure would outweigh any possible efficiency benefits. The Competition Tribunal upheld the decision and the parties subsequently appealed this decision to the Competition Appeal Court where it is currently pending decision. This case provides a good illustration of the difficulties of defining markets in differentiated product markets with important R&D activity.

Hybrid maize seed is highly differentiated, with each of the major players producing a large number of varieties, all with slightly different characteristics to suit farmer's needs and growing conditions in different parts of the country. In addition, on-going research and development ensures that there are new and improved varieties coming onto the market continuously and competition in this market is therefore a process of dynamic rivalry across a broad range of dimensions.

For the purposes of defining the relevant market, a number of dimensions were considered particularly important in terms of determining the level of rivalry between different seeds. The characteristics which are most important in terms of determining the closeness of competition between seeds were the following: whether the seed includes a genetic trait, whether the seed is a white or yellow maize seed whether the seed is an early or a later maturity seed. Each of these potential sub-markets was analysed further.

In terms of GM seed, the evidence on whether a separate market should be defined was not conclusive. There are significant price differences between GM and non-GM hybrids, however, GM seeds also bring yield benefits. Where there are quality differences, even a substantial difference in price does not necessarily mean two products do not compete. Demand for GM seed has been growing strongly vis-à-vis non-GM seed in recent years. However, on the supply-side it is relatively easy for a breeder who is active in the non-GM market to expand into the GM market since they would just need to licence the relevant genetic trait from one of the companies' active in the upstream market for traits. In practice, all three firms in South Africa produce both GM and non-GM maize seed.

In terms of the difference between yellow and white maize, the two tend to be sold into different end-use markets and to be grown in different quantities in different regions of the country based on growing conditions. For example, more early-maturity varieties exist in yellow maize so these tend to be grown to a greater extent in irrigated regions where early maturity varieties are popular. However, there was evidence of farmers switching between the two based on expected profitability in a given year, which suggests that the two do compete to some extent.

The extent of differentiation based on maturity turned out to be the most contentious issue in terms of market definition. Early maturity maize is important to a subset of farmers in irrigated regions (particularly in the Northern Cape and Mpumalanga) as they need to double-crop (i.e. grow two sets of crops in a year) and need their maize to reach maturity in time to plant a winter crop (often wheat). However, early-

⁶ Competition Tribunal Case number 81/AM/Dec10.

maturity varieties also have the general benefit of reducing the risk to farmers associated with, for example, adverse weather conditions. The merging parties argued that a separate market could be defined for ultra-early hybrids used in the irrigated region; however, there are a number of difficulties with such a market definition.

First, far from there being simply “early” and “late” varieties, or varieties suited to irrigated or non-irrigated land, there is a continuum of hybrids with different characteristics including “multi-purpose” hybrids suitable for irrigated and non-irrigated land. Second, there is no universally accepted definition of what constitutes an “early maturity” variety and the length of time a given variety will take to reach maturity will vary depending on weather conditions, particularly temperature. Third, while early maturity varieties are very popular in the “irrigated region”, a large proportion of demand for them also comes from other parts of the country (in other words an early maturity variety is not necessarily an irrigated region variety and vice versa). The merging parties’ own documents identified non-early maturity multi-purpose varieties as being close competitors of some of their early-maturity varieties. Fourth, double-cropping is not so prevalent in irrigated regions outside Northern Cape and so farmers there are less constrained. Finally, supply-side substitution was shown to be possible. Pannar entered the irrigated region market segment late but was successful even without its own early-maturity germplasm or advanced breeding technologies. Monsanto also entered this market segment successfully and quite recently.

Despite the evident product differentiation, it was established that there was a degree of substitutability between the different seed varieties along all of the dimensions discussed above, and this led the Commission to conclude that the evidence was in favour of a broad market definition: the market for the breeding of hybrid maize seed in South Africa. Competition in this market is a process of dynamic rivalry across a number of dimensions in terms of product characteristics and with continuous product improvement.

However, the degree of differentiation suggests that it is possible that certain producers have the ability to exert market power in certain areas of the country in specific sub-segments. The approach taken to analysing the competitive effects of the merger was therefore to use unilateral effects modelling (specifically a compensating marginal cost reduction model) to analyse whether the merging parties would have an incentive to raise prices post-merger, firstly in the broad market, and secondly in any of the market sub-segments. The results showed that significant anti-competitive effects were likely and that these effects would be more extreme in respect of certain dimensions where the parties’ varieties were close competitors of one another.

5. Bargaining power and market definition⁷

In several mergers the market definition analysis has in fact been about assessing alternatives within a bargaining framework. In the Sasol/Engen merger,⁸ the Tribunal defined a narrow geographic market and concluded that the effects of the merger were largely vertical. However, it recognised that the competitive constraint that the buyers could impose on the upstream merging parties depended on their imperfect alternatives, which included an upstream supplier being acquired in the merger but that was outside their narrow market.

In the Chlor Alkali – Botash merger, the Tribunal’s assessment of the competitive constraints that WBSH, as an inferior alternative and part of the merger, placed on Botash’s pricing to Sasol led the

⁷ Draws from Corbett, C., R. Das Nair and S. Roberts (2011), ‘Bargaining power and market definition: a reflection on two mergers’, *Journal of Economic and Financial Sciences*, 4, 147-166.

⁸ Competition Tribunal Case 101LMDec04, Merger of Sasol Ltd, Engen Ltd, Petronas Ltd and Sasol Oil (Pty) Ltd, Engen Ltd.

Tribunal to primarily consider the horizontal aspects of the merger and therefore the merger being a move from duopoly to monopoly.⁹ WBSH constrained Botash in that pre-merger customers (and one in particular, Sasol) had an outside option with which to threaten Botash. As a result, before the merger Sasol had credibly threatened to switch its custom from Botash to WBSH and as a result had negotiated better prices from Botash given the costs it could threaten to impose on Botash. WBSH was included in the market even though, in a static analysis, it would not qualify to fall into the same market as Botash owing to the large actual price differential between the two.

These mergers demonstrate that rather than seeing countervailing power as a separate item on the list of factors to be considered in merger analysis, it is important to understand bargaining power as part of the nature of competitive rivalry when faced with concentration as both supplier and buyer levels. This includes defining the effective rivals in the market as sources of competitive discipline, and hence integrated with market definition. When prices and quantities are determined through bargaining one cannot use an approach to market definition that rests on an assumption that the market clears through supply decisions to serve a demand side approximated by many anonymous buyers.

6. Market definition where a consumer survey was constructed – Masscash/Finro Merger¹⁰

On 22 September 2009 the Competition Tribunal approved the merger between Masscash Holdings (Pty) Ltd and Finro Enterprises (Pty) Ltd.¹¹ The Commission submitted evidence obtained from a telephonic customer survey conducted by AC Nielsen on behalf of the Commission.

The primary acquiring firm in this merger was Masscash Holdings (Pty) Ltd, a wholly owned subsidiary of Massmart Holdings Ltd, a public company listed on the JSE. Prior to the merger Massmart owned two grocery wholesalers in Port Elizabeth and its surrounding areas, namely Makro PE and a cash and carry store trading as Weirs. The target firm in this matter was Finro Enterprises (Pty) Ltd. Finro is a family owned (independent) wholesaler of grocery products with one outlet in PE. Finro does not sell any products on a retail basis and its activities are focused on selling groceries to independent retailers who on-sell their products to consumers in the LSM 2-4 category.

Masscash submitted that the Finro business will complement the wholesale grocery offering of Masscash as Finro has a more significant presence in toiletries and general merchandise than its own outlets in the PE area. Another motivation for the transaction was that it would allow them to expand their offerings to lower income consumers. In terms of the merger transaction Massmart, through its subsidiary Masscash, proposed to acquire a 75% interest in the business of Finro.

The main focus of the Tribunal's decision was on the analysis of potential anti-competitive horizontal unilateral effects arising in the relevant market as a result of the merger. The Tribunal concurred with both the Commission and the parties that the relevant market should be defined as the market for the wholesaling of grocery products, including a variety of food and non-food items in Port Elizabeth and its regional surroundings. It then proceeded in analysing whether the available evidence would lead to a substantial lessening of competition (SLC) in this market.

⁹ Competition Tribunal Case 34/LM/Apr09, Merger of Chlor-Alkali Holdings (Pty) Ltd and Botswana Ash (Pty) Ltd.

¹⁰ Draws from S. Grimbeek (2011), 'The use of customer surveys in assessing mergers with unilateral effects: Lessons learned from Masscash/Finro', *SA Competition Commission Research Brief*.

¹¹ Competition Tribunal Case number 04/LM/Jan09.

The Tribunal found that Finro is undoubtedly an effective competitor to Massmart in the Port Elizabeth grocery wholesale market. However, the Tribunal also stated that this factor and the fact that the market is highly concentrated post-merger must also be assessed in the context of other evidence, considering that the relevant market in question is characterised by substantial differentiation with regards to individual firms having differences in product range and product mix, customer profiles, margins, location, delivery and credit terms. Post-merger there will also remain several significant competitors in the relevant market, including three large wholesalers effectively competing with the merged entity as well as four smaller competitors.

Customer surveys are increasingly being used by competition authorities as an important empirical tool for the definition of relevant markets in merger control and for the competitive assessment of horizontal mergers within the relevant market. In some instances surveys can be more representative and more pertinent than alternative sources of information such as that obtained from the merging parties. When there are a large number of customers or suppliers in a particular market and their views about the dynamics of the market and the proposed transaction is unknown, surveys can assist competition authorities to make an informed view about the potential competitive effects arising from the merger.

For customer surveys to be useful as evidence, competition authorities should have confidence in the accuracy of results obtained from the survey. Careful design of the survey and proper planning and market research is very important as the survey should add value to other information and evidence available to the authorities in its assessment of the merger. There are, however, various potential pitfalls when designing and conducting customer surveys which authorities need to take into account if surveys are to be used as credible evidence in a court of law, or in the South African case, the Competition Tribunal.

CHINESE TAIPEI

1. Introduction

This report addresses the issues related to the relevant market regulated by the Fair Trade Act, market definition as an essential component of the Fair Trade Act in Chinese Taipei, the analytical tools used for market definition and the recognized difficulties with the concept of market definition in certain markets, as well as two-sided market cases that the Fair Trade Commission (hereinafter “the FTC”) has handled.

Under the regulation of the Fair Trade Act, besides resale price maintenance practices being subject to the illegal per se rule and requiring no market definition, the FTC works with the market definition concept as a framework for competition analysis in mergers, concerted actions, and other improper restrictions on trading counterparts’ business activity cases.

2. Relevant market regulated by the Fair Trade Act

2.1 Current regulations

The term “relevant market” prescribed in Paragraph 3, Article 5 of the Fair Trade Act refers to “a geographic area or a coverage wherein enterprises compete in respect of particular goods or services.” As for the definition of a relevant market, it is stipulated in the FTC’s various guidelines or policy statements, such as the “Guidelines on Handling Merger Filings,” the “Policy Statements on the Telecommunications Industry,” the “Policy Statements on the Business Practices of Cross-Ownership and Joint Provision among 4C Enterprises,” the “Policy Statements on E-Market Operations,” the “Policy Statements on the Business Practices of Bottled LPG Delivery Centers,” and so forth. These administrative regulations employ the “substitution concept” to define the scope of the relevant market and delineate the relevant market into product market and geographic market.

Among the above-mentioned administrative regulations, the “Guidelines on Handling Merger Filings” clearly stipulates that there are two dimensions to the identification of the relevant market. The product market and geographic market are defined as follows:

- The product market refers to the scope of goods or services that in terms of functionality, characteristics, purposes or prices, have a high degree of demand or supply substitution.
- The geographic market refers to a region or scope in which the merging parties supply particular goods or services, and the trading counterpart can easily select or switch to other suppliers.

2.2 Draft guidelines on market definition

According to the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)¹, “The starting point in any type of competition analysis is the definition of the ‘relevant market.’” Hence, the FTC, after

¹ OECD, “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, p54. <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

making reference to the regulations in the US and the EU regarding market definition and compiling the cases that the FTC has handled, is currently formulating the “Guidelines on Market Definition (Draft)” to make the criteria for market definition in case handling more precise. Once the corresponding consultation meetings and public hearings are conducted according to related administrative procedures, and the draft guidelines pre-announcement is made and opinions are solicited from various sectors, the Guidelines will take effect and serve as the reference for businesses to abide by and for the FTC to tackle related cases.

3. Market definition as an essential component of the Fair Trade Act in Chinese Taipei

3.1 *The significance of market definition*

The term “competition” as used in the Fair Trade Act refers to any conduct of one enterprise to contest trading opportunities in the same market with one or more enterprises through offering a more favorable price, quantity, quality, service or any other term. Hence, it is necessary for the FTC to define the relevant market wherein the enterprises of concern engage in competition when handling merger filings, concerted actions, and undue restrictions on the business activities of trading counterparts. Only after the scope of the relevant market is determined will it be possible to identify who the competitors are, what the product of concern is, the geographic area where the competition takes place, the sources of pressure on the competitors, and how great the competitive pressure is. Then further assessment can be made to determine the market power of each enterprise, whether the conduct in question has led to restrictions on competition in the relevant market and whether it reduces the level of competition in a market. Therefore, the market definition is the most important step in assessing market power and determining whether the conduct of an enterprise has restricted competition.

3.2 *The influence of market definition*

The FTC’s enforcement experience shows that the relevant market definition often plays a decisive factor in the competition analysis of its final decision. This is because whether an enterprise has significant market power, and whether the conduct in question has led to restrictions on competition in the relevant market and reduces the level of competition in a market are all closely related to the scope of the market. However, there are a number of factors whose presence affects the uncertainties in the definition of the relevant market. So far, there are no universal standards for identifying the relevant market. If the relevant market as defined is too large and covers non-alternative products, the competition restriction practices of some enterprises may be overlooked. On the other hand, if the relevant market as defined is too small, highly alternative products can be excluded and the dominant position of an enterprise in a market may be exaggerated. Consequently, the risk of such conduct may be magnified and market efficiency is decreased. The significance of market definition in the enforcement of the Fair Trade Act is therefore unquestionable. Besides unequivocal guidelines, the accumulation of precedents and experience are also needed to improve accuracy in market definition.

4. The analytical tools used for market definition

4.1 *Substitution as the core concept*

There are many ways to define the relevant market, such as through qualitative analysis or quantitative analysis. All major analytical tools are based on either the concept of reasonable interchangeability of use and cross elasticity (for instance, the hypothetical monopolist test, critical loss analysis, and so on.) Since the results of different analytical tools vary, it is important to inspect the nature of each case and comprehensively examine the cause, product characteristics, industrial characteristics, data attributes and other factors, as well as to consider whether there is reasonable interchangeability of use between the product or service in question and other products or services based on the perception of

trading counterparts. At the same time, the level of cross elasticity between the product or service in question and the substitutable products and services must also be taken into consideration in order to properly identify the relevant market.

As for current practices, when defining the boundaries of the relevant market, the FTC considers the industrial characteristics, availability and usefulness of data (for instance, manufacturing businesses are likely to keep complete time series data on prices and quantities; however, with service industries that offer intangible products or even sometimes provide customized services, the data lack consistency or there may not be any complete time series data at all,) before deciding on the appropriate analytical tools. However, regardless of the type of analytical tool adopted, demand-and-supply-side substitution remains the core concept in market definition.

When analyzing the substitution between products, the factors considered include the end use, physical characteristics, price, consumer preferences, consumers' switching costs, and switching the production of the relevant product. As for substitution that has an effect on the geographic market definition, the factors taken into account are product availability, transportation cost, product price, product characteristics, consumer preferences, consumers' switching costs, and market entry barriers.

The current approach adopted by the FTC for the relevant market definition is that which uses qualitative analysis with substitution as the core concept. In certain cases, cross elasticity is also applied as a complementary assessment tool in competition analysis.

To extend the application of the concepts of reasonable interchangeability of use and cross elasticity in market definition, most countries adopt the hypothetical monopolist test. Critical loss analysis, which has been developed in recent years to reinforce the hypothetical monopolist test, is employed as a market definition method which is as equally valuable as the hypothetical monopolist test.

5. Recognized difficulties with the concept of market definition in certain markets

5.1 *New-economy products or industries with network effects or two-sided platforms*

In a new economic era characterized by network connections and information technology, competition activities have become prolonged and dynamic and all the more complicated. New-economy products like e-commerce, computer software, and the Internet have emerged. Unlike conventional industries, such as steel, autos and tobacco, these new-economy products possess several characteristics, including high sunk costs, low marginal costs, network effects, rapid market entry and exit, fast market structure changes, increase of their value along with the release of related products, and low transportation cost. All these make the definition of the relevant market become more and more complex. Richard A. Posner, the renowned scholar, has therefore suggested that the emergence of new-economy products would generate a number of exceptionally tough factual problems in antitrust enforcement, and the definition of the relevant market is one of them.

Errors are most likely to occur in market definition when one side of a two-sided market provides products or services at a price of zero. As a result of neglect of the product price of the other side in a two-sided market and the feedback effects between the two sides (taking an example, people generally regard TV stations as advertising service providers and overlook their services to the audience), the effect of a 5% (or 10%) increase in price on the conventional (one-sided) market (the SSNIP test) can be magnified in the two-sided market, subsequently leading to excessively narrow boundaries of the relevant market and thus exaggerated market power.

Although the relevant market for new-economy products or industries with characteristics of network effects or two-sided platforms is harder to define, the objective of defining a market is to identify those

competitors of the undertakings involved that are capable of competing with those undertakings' products or services, and to then assess the market power of the undertakings of concern, whether their conduct leads to restrictions on competition, and what the impact is on the supply-side and demand-side function of the market. Therefore, Chinese Taipei's current practice to ensure a proper market definition is to take into consideration the factors, including the functions and characteristics of the product of concern in each case and the characteristics of the corresponding industry, and so on.

5.2 Two-sided market cases the FTC has handled

5.2.1 Case 1: EasyCard Corporation case

In 2010, a newspaper reported that “the practices of EasyCard Corporation (hereinafter “EasyCard Corp.”) in the electronic payment card market were in violation of the Fair Trade Act;” “the total number of credit cards in circulation in Chinese Taipei is about 30.12 million and the number of EasyCards issued is about 18.20 million. By signing a contract with any of the four major convenience store chains, EasyCard Corp. can exclude the other convenient store chains from becoming contracted stores and deny them the opportunity to partake in competition, or use system integration and interface specification as an excuse to force those intending to become contracted stores to purchase data terminal equipment. In addition, whether or not the royalty payments and issuance fees paid by them are reasonable if financial institutions begin to issue co-branded credit cards with EasyCard Corp., these above-mentioned actions are all likely to be in violation of the Fair Trade Act.” The FTC therefore initiated an ex-officio investigation.

In this case, in defining the product market, the FTC considered the fact that EasyCard was a multiple-function electronic payment device that entailed network effects and was typical two-sided market. Hence, after assessing product functions, consumer habits and the substitution between EasyCard and other payment devices, the product market was defined as the “transportation fare payment tool market” and “small payment tool market.”

Regarding the geographic market definition, once the small payment tool issuer signed contracts with designated stores, cardholders could pay for their purchases at contracted stores all over Chinese Taipei with the card. Moreover, although electronic transportation payment cards were originally issued by different institutions in three geographic areas, the Ministry of Transportation and Communications later established regulations to resolve the problems in cross-district use and removed the geographic restrictions. Therefore, the geographic market was defined as national regardless of whether it was in the transportation fare payment tool market or in the small payment tool market.

After measuring the market power of EasyCard Corp. in the relevant market based on the aforesaid approaches in defining the product market and geographic market, the FTC considered that, despite EasyCard Corp. being deemed to be a monopolistic enterprise under the Fair Trade Act, EasyCard Corp. did not employ its market position in the transportation fare payment tool market to engage in improper pricing, discriminatory treatment or tie-in practices in the small payment tool market. Therefore, the FTC made a decision² that EasyCard Corp. did not violate the Fair Trade Act according to the various evidence. However, to prevent EasyCard Corp. from engaging in any illegal conduct or unfair competition, the FTC sent a notice to EasyCard Corp. to remind it of the related provisions of the Fair Trade Act and not to engage in an abuse of dominance in the future.

² Chinese Taipei Fair Trade Commission at its 1029th Commissioners' Meeting on July 27, 2011.

5.2.2 Case 2: Extraterritorial merger of Google Inc. and Motorola Mobility Holdings Inc.

Google Inc. and Motorola Mobility Holdings Inc. (hereinafter “Motorola Inc.”) proposed to merge outside of the territory of Chinese Taipei. The merging parties signed the merger contract and plan on August 15, 2011. This contract involved a total amount of transactions of about US\$12.5 billion. Google Inc., through its wholly-owned subsidiary RB 98 Inc., intended to merge with Motorola Inc. After the merger, Motorola Inc. would be the surviving company and become a wholly-owned subsidiary of Google Inc. Google Inc. would have direct control of the business operations and the appointment or discharge of personnel of Motorola Inc. Such a merger constituted the merger type set forth in Subparagraph 2 of Paragraph 1 of Article 6 of the Fair Trade Act as “where an enterprise holds or acquires the shares or capital contributions of another enterprise to an extent of more than one-third of the total voting shares or total capital of such other enterprise,” and in Subparagraph 5, “where an enterprise directly or indirectly controls the business operation or the appointment or discharge of personnel of another enterprise.” At the same time, as Google Inc.’s Android mobile operating system used in smartphones already had more than a 25% market share in the domestic smartphone market in 2010, this reached the threshold for pre-merger notification as required by Subparagraph 2, Paragraph 1, Article 11 of the Fair Trade Act and also did not fall into the exceptions provided in Article 11-1 of the same Act. Therefore, Google Inc. filed a merger with the FTC according to the Fair Trade Act.

As for the definition of product market, due to the industry in question possessing the characteristics of network effects and a two-sided platform, the FTC took into consideration the relations between the merging parties and the characteristics of such industry, and therefore defined the product market as a mobile software platform market, online search and advertising market, and mobile device market.

The merging parties provided products and services all over the world whereas their principal competitors (Apple, RIM, Microsoft in the mobile software platform market; Yahoo!, Microsoft in the online search and advertising market; and Apple, HTC, Nokia, Sony Ericsson, Samsung in the mobile device market) also provided their products and services globally. Hence, the geographic market in this case was defined as the global market. However, since the case was an extraterritorial merger and also involved the jurisdiction of the competition law authority of different countries, the FTC made substantial reviews on such a merger which has an impact on the territory of Chinese Taipei.

After measuring the market power of merging parties as well as a merger based on vertical foreclosure, the leverage of market power, and patents based on the product market and geographic market defined through the aforesaid approaches, the FTC was of the view that this merger would not result in substantial lessening of competition in the market and that it did not give rise to a significant concern about causing competition restraints. The FTC made a decision³ that a merger of Google Inc. and Motorola Inc. did not give rise to a significant concern about causing competition restraints and the overall economic benefit of the merger outweighed the disadvantages resulting from competition restraints. Therefore, the FTC did not prohibit the merger.

³ Chinese Taipei Fair Trade Commission at its 1029th Commissioners’ Meeting on July 27, 2011.

UKRAINE

1. **Problem of abuse of market dominance whose elements are present at several markets**

The following are deemed to be the necessary constituents of abuse of market dominance:

- dominance at a certain market;
- actions (omission) that would be impossible without it;
- adverse effects of actions (omission) for competition and/or consumers.

A common concept of abuse of dominance at a certain market implies that all of these constituents exist at one and the same relevant market.

However, there are cases in the practice of the Antimonopoly Committee of Ukraine, when such elements exist at different (although interconnected) markets.

For instance, certain problems in relations between electric power consumers and suppliers regarding possibilities to obtain electric power as a commodity cover four commodity markets instead of one.

This being said, a legal monopolistic position at one market stipulates legal monopolistic position at another market being vertically connected to the first. Abuse of monopolistic position at such second market causes occurrence of unlawful signs of market dominance at the third and fourth markets, where such abuse infringes the rights of consumers of the first market.

Let us examine this situation in more detail.

A regional company (electric power supplier) is the only business company that renders electric power supply services, therefore, it holds a monopolistic (dominating) position at this market.

End consumers have to receive a number of interconnected services in order to purchase electric power as a commodity, namely:

- services related to technical specifications issuance (a set of requirements, which must be fulfilled to ensure supply of electric power at the consumer's facility);
- services related to development (execution) of project documents;
- services related to performance of building and assembly work, required to implement the technical specifications;
- services related to the consumer's facility connection to electric mains.

Due to the fact that local electric mains are owned by the regional company (electric power supplier), in accordance with the provisions of the national legislation, this entity is the only company that may render services related to technical specifications issuance to connect the consumer's facility to own electric mains. Therefore, its position at the market of services related to technical specifications issuance is monopolistic.

In order to implement the technical specifications issued by the regional company, the consumer has to obtain services related to project development and actual work related to its facility connection to local electric mains. Such work includes, inter alia, reconstruction or technical refurbishment of existing electric mains and structures, as well as building of new ones.

The market of services related to development (execution) of project documents and the market of building and assembly services are potentially competitive. Thus, in a corresponding region over 30 business entities are potential competitors for the regional company at the market of services related to development (execution) of project documents and the market of building and assembly services.

However, it was found out that while issuing technical specifications, the regional company obligated consumers to enter into agreements for implementation of technical specifications, whereunder all connection services, including project development and performance of building and assembly work, were rendered solely by the regional company.

In this case, inclusion of such conditions in technical specifications by the regional company, given the fact that it occupies a monopolistic position at the market of such specifications issuance, limits the consumers' abilities to select the best offers presented by other companies rendering such services, as well as essential limitation of competition at the market of services related to development (execution) of project documents and the market of building and assembly services, required to implement the technical specifications.

Therefore, the monopolist's unlawful actions occur at one market (services related to technical specifications issuance), and their adverse effects arise at other markets (project development, and building and assembly work). Yet, according to the national legislation, the compulsory constituents of abuse of monopolistic position are both the monopolistic position per se, and certain actions (omission) that would be impossible without it, and adverse effects for competition or consumers. In this case, the first two elements exist at one market, and the third – at other markets. So the question is whether such situation may be deemed abuse of monopolistic position? If so, at which market? What approaches to solve this problem exist in other countries?

2. Some problems of commodity markets definition

A notion of a relevant market as a specific form of commodity flow in the unity of its substantial (commodity), spatial (geographical) and temporal dimension is currently considered as one of the main instruments for practical use of legal leverages for protection of economic competition.

In reality, definition of a relevant market in practice is one of the necessary elements for establishing presence of market power, i.e. possibility to independently set terms for goods turnover.

Therefore, definition of a relevant market is an important constituent for legal protection of economic competition in cases when such protection stipulates establishing the presence of market power of a certain business entity or a group of business entities. In Ukraine this is required during investigations concerning abuse of dominance and making decisions on concentrations of business entities. A necessity to define a relevant market when investigating anticompetitive concerted actions of business entities is solved in different ways, depending on specific features of the legal principles of anticartel activity. In jurisdictions where anticompetitive concerted actions are deemed unlawful per se, but their proving requires direct evidences of concerted behavior, definition of a relevant market is of secondary value. In Ukraine it is possible to determine anticompetitive concerted actions of business entities based on economic analysis, implying evaluation of similar actions at the commodity market, their actual or potential consequences for competition, as well as presence of objective reasons for such actions. When investigating cases of

anticompetitive concerted actions using the said instruments of economic analysis, definition of a relevant market is also necessary.

Yet, the practice of the Antimonopoly Committee of Ukraine confirms that even in cases when definition of a relevant market is required, there are substantial differences in approaches. These differences are connected to varying tasks and grounds in cases of market determination to investigate cases of abuse of dominance and in order to control concentration of business entities. In the first case, the purpose of the market determination is comprehensive clarification of circumstances that actually occurred in the past. In the second case, the purpose of the market determination is a forecast for the future, where conclusions regarding such future may only be made using certain hypotheses, which may not be always fully reliable.

Therefore, even in the event that definition of a relevant market is traditionally believed to be a necessary element of legal protection of economic competition, objective possibilities for using this instrument turn out limited, because conclusions in this case are formulated based on certain hypotheses, and the forecast of market situation in the future may be essentially different from its actual state. A possible solution of this problem in terms of maximum protection of preconditions for competition is using "worst case scenario". It implies that if there are several forecasts for the market development (e.g.: a) decreasing obstacles for the market entry connected to the cost of required stock resources, b) leaving such obstacles unchanged, c) increasing obstacles), a baseline assumption should be the least favorable for competition (in our example - option "c"). Mind, however, that such approach may have such adverse consequences as unjustified limitation of business activity, but this is a more general problematic correlation between protection of competition and economic development, which goes beyond our review.

When examining cases on abuse of dominance, use of such instrument as definition of a relevant market and sufficiently large share of a business entity therein as a necessary sign of market dominance in practice turns out connected with certain problems. Specifically, in a number of cases, when classic approaches to definition of a relevant market do not make it possible to find out participants with shares, which are usually considered as capable of ensuring market dominance, behavior of such market players has signs of untypical for major competition. This refers, inter alia, to systematic collection of fees from contractors for services which they do not need or which are not actually rendered to them; setting knowingly disadvantageous settlement conditions for contractors; setting and maintaining higher prices without valid reasons (changes in demand and offer, production and sale costs). This being said, there are no signs that would enable making a conclusion about presence of anticompetitive concerted actions of business entities.

Observations accumulated during practical implementation of the laws on protection of economic competition allow concluding that one of the factors that stipulate such phenomena is limited opportunities for the buyer (in separate cases – seller) to select a contractor, even when commodities, usually considered to be replaceable at a certain territory, where they can and should be purchased (sold), are offered (may be purchased) by a sufficient number of business entities. According to practice, these limitations are mostly connected to information non-transparency, great costs for searching, impossibility to delay demand (offer) sufficiently in time, as well as subjective habits, traditions etc. It is difficult to take these factors into account in the common scheme of the relevant market definition, because they do not always have a direct effect on geographical shifts of demand (offer) or interchangeability of goods for consumers.

One of the possible ways to settle such problem is to identify certain types of behavior, namely, where such behavior of a business entity with large financial and/or production capacities (in excess of a certain specified threshold) is a basis to determine presence of its market power without defining a relevant market or a share therein in accordance with conventional approaches.

BIAC

The Business Advisory Committee (“BIAC”) to the OECD appreciates the opportunity to submit these comments to the OECD Competition Committee for its Roundtable on Market Definition.

1. Introduction

Market definition has long functioned as the bedrock of an economic framework for evaluating whether particular business conduct has, or is likely to have, anti-competitive effects. In the context of horizontal merger control, the primary objective of market definition is to identify which goods or services, in which geographic locations, may significantly constrain the competitive behavior of the merging firms. Defining a relevant market enables agencies to measure market shares and market concentration, distinguish competitive alternatives available to consumers, evaluate the relative significance of these alternatives, and collect a wide range of valuable evidence of supply- and demand-side constraints. As a general matter, market definition therefore provides a critical frame of reference for assessing whether a merger may create or enhance market power.

Despite the clear rationale for using market definition to analyze the competitive effects of proposed mergers, it is by now well understood that the concept has certain limitations when applied under certain market conditions including, but not limited to, industries characterized by differentiated products, two-sided markets, sectors in which research and development activity is taking place, and vertical settings. In addition, particularly in dynamic industries, strict reliance on the approach can result in narrowly defined markets that fail to account for important market dynamics such as competition from potential entrants or other so-called over-the-top competitors. Some of these limitations have already been explored in depth during prior OECD roundtables.¹ As a result, economists have developed an array of complementary analytical tools such as the UPP and IPR models designed to directly measure the unilateral effects of proposed mergers that do not rely directly on the definition of the relevant market.²

Recently, several jurisdictions have either expressly or implicitly adopted merger guidelines that incorporate these models, while suggesting that analysis of competitive effects need not begin with market definition. OECD’s consideration of the continuing vitality of market definition is particularly timely in light these developments, which raise questions of critical importance to competition enforcement authorities and the business community, including: (1) to what degree (if any) should market definition continue to function as a fundamental exercise?; (2) how might market definition be meaningfully utilized in examining the unilateral effects of mergers involving differentiated products?; (3) how (if at all) can market definition be effectively employed in concert with alternative analytical tools; and (4) as a policy matter, what might be the consequences of downplaying market definition, or dispensing with the analysis altogether.

¹ See, e.g., OECD, Policy Roundtable, Two-Sided Markets, DAF/COMP(2009), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/38/61/44445730.pdf>.

² See, e.g., Joseph Farrell & Carl Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, 10 J. THEORETICAL ECON. 1 (2010).

New and evolving tests are useful in evaluating the potential competitive impacts of mergers and deserve a place in merger analysis. However, formulaic application of these models outside of the rational analytical framework provided by market definition presents numerous risks of concern to the business community as a matter of policy, law, and comity. Thus, alternative economic methods are not a substitute for the use of market definition as a foundational step in the economic, analytical and legal review of mergers and their “place,” therefore, must be one of subservient coexistence with market definition principles.

2. Market definition in the merger control landscape

Recent developments in the international enforcement landscape illustrate that market definition continues to play a significant role in merger control, despite the attempt to downplay the concept in favor of an integrated approach that places an increased emphasis on direct evidence and economic analysis in evaluating competitive effects.

In the European Union, the EC Merger Regulation³ and accompanying Guidelines ascribe a paramount role to market definition in outlining the appropriate analytical framework for analyzing competitive effects. The Commission’s Guidelines on the assessment of horizontal mergers (“EC Guidelines”) state that “the creation or strengthening of a dominant position” denotes the ability of “one or more undertakings [to] wield economic power which would enable them to prevent effective competition from being maintained in the relevant market.”⁴ The EC Guidelines provide that “[t]he Commission’s assessment of mergers normally entails: (a) definition of the relevant product and geographic markets [and] (b) competitive assessment of the merger,”⁵ noting that “[m]arket shares and concentration levels provide useful first indications of the market structure and of the competitive importance of both the merging parties and their competitors.”⁶

Paragraphs 28 and 29 of the EC Guidelines contain a discussion of competitive dynamics in differentiated product markets where the merging parties’ products are close substitutes, explaining that “high pre-merger margins may ... make significant price increases more likely”⁷ and that substitutability may be evaluated according to various criteria, including diversion ratios.⁸ However, the EC Guidelines clarify that products triggering unilateral effects analysis “may be differentiated *within a relevant market*,”⁹ underscoring the foundational aspect of the market definition inquiry. Consistent with this characterization, the Commission Notice on the definition of relevant market (“Notice”) states that “[m]arket definition serves to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission.”¹⁰ The

³ Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), 2004 O.J. (L 24) 3.

⁴ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004 O.J. (C 31) 5.

⁵ *Id.* ¶ 10.

⁶ *Id.* ¶ 14.

⁷ *Id.* ¶ 28.

⁸ *Id.* ¶ 29.

⁹ *Id.* ¶ 28.

¹⁰ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, 1997 O.J. (C 372) 5.

notice further provides that “[t]he definition of the relevant market in both its product and its geographic dimensions often has decisive influence on the assessment of a competition case.”¹¹

In the United States, revisions to the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines published in August 2010 (“U.S. Guidelines”)¹² reflect a reduced, though continuing, emphasis on the role of market definition in analyzing competitive effects and an increased focus on the utility of direct evidence and alternative analytical tools in merger review.

The U.S. Guidelines acknowledge the importance of market definition, noting that “[i]n any merger enforcement action, the Agencies will normally identify one or more relevant markets in which the merger may substantially lessen competition,”¹³ and that “[e]valuation of competitive alternatives to customers is always necessary at some point in the analysis.”¹⁴ In a departure from prior practice, the U.S. Guidelines clarify that “[t]he Agencies’ analysis need not start with market definition,” that “measurement of market shares and market concentration is not an end in itself,”¹⁵ and that “[t]he Agencies evaluate market shares and concentration in conjunction with other reasonably available and reliable evidence.”¹⁶ Despite these changes, however, market definition remains a necessary component of merger review in the U.S.

The U.S. Guidelines contemplate an integrated, fact-intensive and non-mechanistic review process in which market definition, direct evidence, and other analytical tools may be deployed, individually and in concert, for the ultimate purpose of determining whether a merger may substantially lessen competition. To underscore this framework, the U.S. Guidelines now begin with new Section 2, “Evidence of Adverse Competitive Effects,” intended to illustrate the types and sources of evidence the Agencies may use to analyze competitive effects.¹⁷ The U.S. Guidelines state that direct evidence (1) “can inform market definition;” (2) “may more directly predict the competitive effects of a merger” in some cases; and (3) may be particularly useful where “analysis suggests reasonably plausible candidate markets, and where the resulting market shares lead to very different inferences regarding competitive effects.”¹⁸

¹¹ *Id.* ¶ 4.

¹² U.S. DEP’T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’N, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (2010), *available at* <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf> [hereinafter U.S. Merger Guidelines]; *see* Press Release, Fed. Trade Comm’n, Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Issue Revised Horizontal Merger Guidelines (Aug. 19, 2010), *available at* <http://www.ftc.gov/opa/2010/08/hmg.shtm>.

¹³ U.S. Merger Guidelines, *supra* note 12, § 4.

¹⁴ *Id.*; *see also* Carl Shapiro, Deputy Ass’t Attorney Gen. for Econ., Antitrust Division, U.S. Dep’t of Justice, Update from the Antitrust Division, Remarks as Prepared for the ABA Section of Antitrust Law Fall Forum 14 (Nov. 18, 2010), *available at* <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/264295.pdf> (noting that “the revised Guidelines devote nearly 12 pages to product and geographic market definition, in comparison with just five pages in the 1992 Guidelines.”)

¹⁵ U.S. Merger Guidelines, *supra* note 12, § 4.

¹⁶ *Id.* § 5.

¹⁷ *Id.* §2; *see also* Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 ANTITRUST L.J. 701, 708 (2010) (“The section is placed near the front of the Guidelines because investigations usually start with the formulation of candidate theories of harm to competition and the exploration of evidence to support or reject those theories. In most cases, especially where market boundaries are unclear, DOJ staff will analyze evidence of possible harm before it has determined the scope of the relevant market.”).

¹⁸ U.S. Merger Guidelines, *supra* note 12, § 4.

Section 6 of the U.S. Guidelines contains an expanded discussion of the analytical techniques used by the Agencies in evaluating unilateral effects in differentiated product industries. These techniques eschew structural presumptions and rely principally on economic analysis of the value of diverted sales among the merging parties as an indicator of upward pricing pressure (“UPP”) signifying unilateral price effects.¹⁹ The Guidelines state that in analyzing unilateral effects, the Agencies “need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration,” and may consider “any reasonably available and reliable information ... includ[ing] documentary and testimonial evidence, win/loss reports and evidence from discount approval processes, customer switching patterns, and customer surveys.”²⁰ This must be read, however, in the context of the use of market definition in the Guidelines on the whole, as well as the jurisprudential indispensability of market definition, discussed in Part IV, *infra*.

Canada’s Merger Enforcement Guidelines (“MEG”) were recently updated to clarify the role of market definition within the Competition Bureau’s (“Bureau”) analytical framework.²¹ Closely paralleling the U.S. Horizontal Merger Guidelines, the revised MEGs describe merger review as a dynamic, non-linear process in which market definition is one of several tools the Bureau may use to approach the fundamental inquiry of whether a merger prevents or substantially lessens competition.

The MEGs discuss the continuing significance of market definition, noting that “the Bureau will normally identify one or more relevant markets in which competition is prevented or lessened,”²² and that market definition “generally sets the context for the Bureau’s assessment of the likely competitive effects of a merger.”²³ However, the MEGs now state that “[m]arket definition, and the measurement of market share and concentration in the relevant market, is not an end in itself,” and “is merely any analytical tool – one that defies precision and can thus vary in its usefulness – to assist in evaluating effects.”²⁴

Like the U.S. Horizontal Merger Guidelines, the MEGs describe merger review as an “iterative process in which evidence respecting the relevant market and market shares is considered alongside other evidence of competitive effects, with the analysis of each informing and complementing the other.”²⁵ As such, the Bureau may assess competitive effects using a wide range of qualitative and quantitative evidence.²⁶ The Bureau may rely on such evidence particularly where choosing among several plausible market definitions may significantly impact market share calculations. Moreover, the Bureau may “elect not to define markets in cases in which other reliable evidence of competitive effects is available.”²⁷

Finally, the MEGs contain an expanded discussion of unilateral effects in differentiated product industries, predicating analysis of such effects on diversion ratios and variable margins, among other factors.²⁸ Generally, the MEGs note that the Bureau may assess competitive effects from a quantitative

¹⁹ *Id.* § 6.1.

²⁰ *Id.*

²¹ Competition Bureau (Canada), *Merger Enforcement Guidelines* (Oct. 2011), available at <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html> [hereinafter Canadian Merger Enforcement Guidelines].

²² Canadian Merger Enforcement Guidelines, *supra* note 21, ¶ 3.3.

²³ *Id.* ¶ 3.2.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* ¶ 3.1.

²⁶ *Id.* ¶ 3.5-.6.

²⁷ *Id.* ¶ 3.3.

²⁸ *Id.* ¶ 6.10-.18.

perspective using various economic tools, retaining wide discretion in determining which mechanisms it may use on a case-by-case basis.²⁹

3. Limitations of alternative analytical approaches

As a policy matter, these trends reflect efforts on the part of several competition authorities to manage merger enforcement by (1) incorporating significant advances in economic learning and (2) promoting transparency by describing how mergers are likely to be evaluated.³⁰ In general, the business community applauds these efforts. Agency adoption of analytical approaches better suited to identify anticompetitive mergers benefits businesses by preserving competitive market conditions. Moreover, greater transparency into agency practice is of critical importance to companies in assessing the costs and risks of pursuing a particular course of conduct. To be sure, the integrative, effects-based approaches outlined above do much to realize these goals. However, they also trigger a concern that agencies may in some cases be deviating too far from the foundational principles of market definition, or at least failing to adequately articulate the relative importance of market definition in the larger context of merger review.

Market definition is an exercise designed to develop an appropriate frame of reference for evaluating the competitive effects of a merger by identifying which products in which geographic locations significantly constrain the competitive behavior of the merging firms. By defining a relevant market, competition authorities are able to distinguish competitive alternatives available to consumers, evaluate the relative significance of these alternatives, and collect a wide range of valuable evidence bearing on supply- and demand-side constraints on merging parties. While alternative methods often are of significant value in evaluating competitive effects, market definition is critical to ensuring that competition authorities are operating within a rational analytical framework.

Of course, market definition is a starting point, not an ending point. Within this framework, authorities must properly assess the competitive dynamics of a marketplace in order to evaluate the impact of a merger. This exercise requires significant factual input. The use of any economic or analytical model is not a substitute for the evaluation of factual evidence. And while economic and theoretical models have advanced, there is still a significant gap, in BIAC's experience, between the development of the model and the proper application of evidence to the theoretical model. For example, a formula that relies heavily on the use of margins is limited in its utility by the ability to define and measure margins, which is an exercise that has caused considerable challenge to economists for generations. In this light, the use of "tried and true" measures such as market definition must maintain their place of importance as other models – even those which may be theoretically more elegant – strive to catch up in terms of practical application.

The practical value of market definition is perhaps best illustrated by the limited utility of alternative economic tools applied on a stand-alone basis to evaluate unilateral effects of mergers in differentiated product markets. Particularly if employed as screening devices in the early stages of merger review without the benefit of traditional market definition, as suggested by some economists,³¹ these tools risk unreasonably subjecting (what vast experience would suggest are) non-problematic mergers to scrutiny, imposing unnecessary evidentiary burdens on merging parties, and, ultimately, chilling efficiency-enhancing merger activity.

²⁹ *Id.* ¶ 3.5.

³⁰ See Shapiro, *supra* note 14, at 13 (“[A] primary motivation in revising the Guidelines was to promote transparency by describing more accurately how the Agencies actually evaluate horizontal mergers. . . . People may differ in how they think we *should* review horizontal mergers, but hopefully we can all agree that the Guideline should accurately describe how we *actually do* review them.”) (emphasis in original).

³¹ Laurent Flochel, *Horizontal mergers: The UPP, GUPPI and IPR tests*, CONCURRENCES N° 1-2011, at 30-36.

Specifically, economic models such as UPP may impose unreasonable intervention standards, especially at the screening stage. UPP analysis invariably predicts a price increase where the diversion ratio exceeds zero and the merging firms have positive margins. Consider an industry consisting of 10 producers of differentiated products, with each firm possessing an equal market share of 10 percent, where the diversion ratio among all producers is the same positive value. Traditional hypothetical monopolist analysis would yield a relevant market including all 10 producers. If two of the producers merged to comprise a 20 percent share of the relevant market, assuming positive margins, application of the UPP model would reflect a positive value of diverted sales -- and thus suggest an anticompetitive effect -- while under traditional tools (e.g., using post-merger HHIs) the merger would fall squarely within a safe harbor. This simple hypothetical illustrates that inferring anticompetitive effects based on *ex proprio* application of UPP analysis might result in exceedingly low intervention thresholds that catch efficiency-enhancing mergers. In such cases, market definition can and should be employed in order to meaningfully contextualize results.³²

Similarly problematic outcomes may stem from strict application of the UPP model to analyze unilateral effects in industries with high fixed costs and low variable costs. In such industries, even where diversion ratios approach zero, high margins may yield disproportionately high UPP values that overstate unilateral effects. By way of example, the combination of two patents with variable cost margins of 97.4% (due to the low variable costs of licensing patents) with a 1% diversion ratio results in a predicted price increase of 65%.

In addition to their limitations as a stand-alone merger screens, economic models that analyze substitution patterns among merging parties entail significant evidentiary and methodological challenges. Such models typically depend on at least two critical data points: margins and diversion ratios. In practice, collecting data sufficient to derive these values is often both difficult and speculative. Moreover, these data are input into formulae that make several critical assumptions regarding market dynamics. These challenges can impose significant burdens on merger parties while undermining the reliability of results.

Calculation of margins based on management accounts can be extremely difficult and time-consuming, assuming suitable data is available and the appropriate measurement can be identified in the first instance.³³ Actual diversion ratios are rarely available; diversion ratios can be estimated using win/loss reports, consumer survey data, econometric analysis, or market shares. However, unless the merging parties maintain robust records of competitive events, win/loss reports are frequently disaggregated, providing an impressionistic view of the industry that is of limited use in calculating diversion. Similarly, the reliability of consumer survey responses is largely a function of thoughtful survey design and respondent bias. Econometric analysis of customer demand, while capable of generating relatively accurate measurements of diversion ratios, is especially data- and time-intensive. Utilizing market shares to compute diversion ratios implicates the very analytical limitations respecting differentiated industries that UPP was designed to avoid.³⁴ Indeed, it risks making market definition the

³² Some competition authorities have addressed such outcomes by clarifying that where the value of diverted sales is small relative to lost revenues attributable to a price increase, significant unilateral price effects are unlikely. See U.S. Merger Guidelines, *supra* note 12, § 6.1; see also United Kingdom Competition Comm'n, *Sommerfield plc & Wm Morrison Supermarkets plc* (Sept. 2005) available at http://www.competition-commission.org.uk/assets/competition_commission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2005/fulltext/501, ¶ 7.12 ("It seems to us likely that ... where the diversion ratio is low and the illustrative price increase is low (because margins are low), there is no SLC: that any lessening of competition is non-existent or insubstantial.").

³³ Elizabeth M. Bailey, et al., *Merger Screens: Market Share-Based Approaches Versus "Upward Pricing Pressure,"* THE ANTITRUST SOURCE 5 (Feb. 2010).

³⁴ *Id.* at 6.

“end point” in a way which agencies have long foresworn. Finally, these two metrics (margins and diversion) are often highly sensitive to the time period in which they are measured. This effect is compounded by the problem that UPP relies on a static observation of the marketplace. These methodological challenges can significantly limit the usefulness of UPP analysis, particularly as a screen early in the merger review process.

Moreover, economic models designed to analyze unilateral effects by definition provide a myopic view of competitive dynamics relevant to proposed mergers. For instance, the UPP model is a demand-side analysis of economic incentives involving prices, costs, and quantities. As such, the analysis does not itself account for supply-side dynamics including entry, expansion, and brand repositioning.³⁵ In assessing market power, a key normative factor is whether barriers exist preventing new competitors from entering the market, or established competitors from expanding. It is generally accepted that without barriers to entry, there can be no enhancement of market power because new competitors will discipline price increases. Supply-side constraints such as entry can only be assessed in relation to a defined market.

Thus, even if alternative tools are employed to evaluate unilateral effects, competition authorities should nonetheless define the market in order to contextualize and properly take into account supply-side dynamics.³⁶ By way of example, in discussing unilateral effects analysis, Canada’s Merger Enforcement Guidelines provide:

*In addition to considering the value of sales currently devoted to rivals, the Bureau evaluates the likely competitive responses of rivals, including whether rivals in the market are likely to expand production, reposition their product line to discipline unilateral market power that would otherwise occur as a result of the merger. The Bureau also considers existing sellers that may only occupy a particular niche within the relevant market and whether they provide an alternative for a sufficient number of buyers. In addition, the likelihood and likely impact of entry is considered.*³⁷

4. Jurisprudential significance of market definition

Analytical tools used by agencies to evaluate competitive effects should be fundamentally aligned with established judicial principles. Such alignment functions to minimize unnecessary conflict between various instruments of government. For businesses and practitioners, increased alignment results in greater predictability regarding the standards that will govern assessment of mergers, not only during agency review but also in the event transactions are challenged in the courts. This in turn enables businesses to more accurately evaluate the risks and potential outcomes of contemplated mergers. From a regulatory standpoint, this predictability can better inform critical decisions regarding whether to challenge conduct. Finally, greater alignment can yield significant efficiency benefits for businesses, regulators, and courts, as arguments and evidence painstakingly developed during the review process can be effectively marshaled to aid judicial review.

³⁵ See Shapiro, *supra* note 14, at 25.

³⁶ *Id.* at 26 (“While [UPP] analysis can be highly informative, the Agencies understand full well that measuring upward pricing pressure, or even performing a full merger simulation, typically is not the end of the story, especially in rapidly changing industries. Repositioning, entry, innovation, and efficiencies must also be considered.”).

³⁷ Canadian Merger Enforcement Guidelines, *supra* note 21, § 6.17; see also U.S. Merger Guidelines, *supra* note 12, § 6.1 (“Repositioning is a supply-side response that is evaluated much like entry, with consideration given to timeliness, likelihood, and sufficiency.”).

In jurisdictions where market definition is required as a matter of statutory or judicial precedent, the concept should stand on substantially equal footing in the context of agency analysis of competitive effects. For example, in the U.S., Section 7 of the Clayton Act declares unlawful any merger that substantially lessens competition “in any line of commerce or ... in any section of the country.”³⁸ Consistent with this language, the U.S. Supreme Court has long held that determination of a relevant market is a necessary predicate to establishing a violation of Section 7.³⁹ While formulaic reliance on market concentration has waned as courts increasingly undertake more wide-ranging analyses of proposed mergers,⁴⁰ market definition remains a fundamental concept in U.S. antitrust jurisprudence.⁴¹ Similar, long-standing doctrinal underpinnings can be observed in several other jurisdictions, including the EU,⁴² the United Kingdom,⁴³ and Canada.⁴⁴ In developing and applying merger control policy, competition authorities must be mindful that it is ultimately judicial precedent, not agency practice, that binds courts.⁴⁵

³⁸ 15 U.S.C. § 18.

³⁹ *United States v. E.I. DuPont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 593 (1957) (“Determination of the relevant market is a necessary predicate to a finding of a violation of the Clayton Act because the threatened monopoly must be one which will substantially lessen competition within the area of effective competition. Substantiality can be determined only in terms of the market affected.”); *see also* Jonathan B. Baker, *Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers*, in *ANTITRUST LAW & ECONOMICS* (Keith Hylton, ed. 2010) (“In the United States, the contemporary doctrinal framework for analyzing horizontal mergers assigns a fundamental role to market concentration, basing a presumption of harm to competition from merger on high and increasing concentration.”).

⁴⁰ *See United States v. Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981, 984 (D.C. Cir. 1990) (describing market concentration as “a convenient starting point for a broader inquiry into future competitiveness,” and noting that “[t]he Supreme Court has adopted a totality-of-the-circumstances approach” to evaluating horizontal mergers.”); *United States v. Oracle Corp.*, 331 F. Supp. 2d 1098, 1110-11 (N.D. Cal. 2004) (noting that although “defin[ing] the relevant product and geographic markets ... is a necessary predicate to finding anticompetitive effects ,, [b]oth the Supreme Court and appellate courts acknowledge the need to adopt a flexible approach in determining whether anticompetitive effects are likely to result from a merger.”) (international citations omitted).

⁴¹ *See, e.g.*, *FTC v. Arch Coal, Inc.*, 329 F. Supp. 2d 109, 119 (D.D.C. 2004) (“The definition of the relevant market is necessary to identify that area of trade within which a defendant allegedly has acquired or will acquire an illegal monopolistic or oligopolistic position.”).

⁴² *Case T-177/04, easyJet v. Commission*, 2006 E.C.R. II-1931, ¶ 55 (“In order to assess whether a proposed merger creates or strengthens a dominant position, the Commission must first of all define the relevant market.” (citing *Case 6/72, Europemballage and Continental Can v. Commission*, 1973 E.C.R. 215, ¶ 32; and *Case T-30/89, Hilti v. Commission*, 1991 E.C.R. II-1439, ¶¶ 46 and 64)).

⁴³ *Office of Fair Trading v. IBA Health Ltd.*, [2004] EWCA (Civ) 142, [68] (Eng.) (noting the importance of “clear exposition of the working of the market concerned,” providing greater assurance “that all material considerations [have] been taken into account and all material facts ascertained.”).

⁴⁴ *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] S.C.J. No. 67 at 95 (SCC) (“As a preliminary step, definition of the relevant market is required”); (Canada) *Director of Investigation and Research v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557 at 113 (Fed. C.A.) (“It is universally accepted that a merger must be examined in terms of its likely effect on competition within a relevant market”); (Canada) *Director of Investigation and Research v. Hilldown Holdings (Canada) Ltd.*, (1992) 41 C.P.R. (3d) 289, at 15 (Comp. Trib.) (“In order to determine the likely effects of any merger or acquisition it is first necessary to determine the boundaries of the *relevant market*.”) (emphasis in original).

⁴⁵ *See Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc.*, 761 F.2d 570 (10th Cir. 1985) (“[The Horizontal Merger Guidelines] are more useful for setting prosecutorial standards than delineating judicial standards.”); *see also* Shapiro, *supra* note 14, at 15 (“The Division recognize the necessity of defining a relevant market as part of any merger challenge we bring.”); J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Comm’n,

5. International consensus regarding importance of market definition

Utilization of market definition as a foundation element of competitive effects analysis is consistent with international norms in merger review. The consensus view of the global competition community is aptly summarized in the International Competition Network's ("ICN") Merger Guidelines Workbook ("Workbook")⁴⁶ and Recommended Practices for Merger Analysis ("Recommended Practices").⁴⁷ The Workbook states that "[t]he starting position for identifying the scope of competition involves identifying products which are substitutable from the point of view of customers,"⁴⁸ adding that "market definition sets the stage on which competition takes place ... provid[ing] an intellectually disciplined tool with which to gather and assess evidence on the sources of competitive constraints."⁴⁹ Likewise, the Recommended Practices provide that "[a]gencies generally should assess the competitive effects of a merger within economically meaningful markets,"⁵⁰ and note that "[m]arket shares and measures of market concentration can provide useful initial guidance to help identify mergers that may raise competitive concerns requiring further analysis."⁵¹

By adopting the analytical principles outlined by the ICN, merger enforcement authorities can facilitate greater cross-border cooperation and convergence towards sound merger review policies. In light of the continuing proliferation of merger control regimes internationally, it is critical that agencies ensure their practices do not introduce conflicts or impose inconsistent standards for parties pursuing transactions with a cross-border dimension.⁵²

It is equally important that new and developing competition authorities are able to effectively employ analytical tools capable of producing legitimate outcomes. The many challenges facing emerging regimes in the field of competition enforcement are well known and were the subject of a prior OECD Roundtable in 2009.⁵³ These challenges include inadequate financial and human resources, limited indigenous expertise in competition law, limited access to critical information at a firm and industry level, and apathy

Theoretical and Practical Observations on Cartel and Merger Enforcement, Remarks before the George Mason Law Review's 14th Annual Symposium on Antitrust Law 18 (Feb. 9, 2011) *available at* <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/110209georgemasoncartelsmergers.pdf> ("[M]arket definition remains as important as ever in Section 7 litigation. This may seem counterintuitive, given the treatment of market definition in the 2010 Merger Guidelines.").

⁴⁶ International Competition Network, Merger Working Group, *ICN Merger Guidelines Workbook*, Prepared for the Fifth Annual ICN Conference 15 (April 2006), *available at* <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf> [hereinafter ICN Workbook].

⁴⁷ International Competition Network, Merger Working Group, *ICN Recommended Practices for Merger Analysis* 4 (2010), *available at* <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf> [hereinafter ICN Recommended Practices].

⁴⁸ ICN Workbook, *supra* note 46, at 15.

⁴⁹ *Id.* at 16-17.

⁵⁰ ICN Recommended Practices, *supra* note 47, at 4.

⁵¹ *Id.*

⁵² See generally Donald Baker, *Antitrust Merger Review in an Era of Escalating Cross-Border Transactions and Effects*, in POLICY DIRECTIONS FOR GLOBAL MERGER REVIEW 72 (Sebastian O'Meara, ed., 1999) ("[T]wo different national agencies may reach legitimately different conclusions on the basis of the same data, simply because standards are imprecise, the evidence is uncertain, and the core biases are different.").

⁵³ OECD Global Competition Forum, Challenges Faced by Young Competition Authorities, Note by the Secretariat, [DAF/COMP/GF\(2009\)3/REV1](http://www.oecd.org/dataoecd/2/53/42073659.pdf) (Feb. 11, 2009), *available at* <http://www.oecd.org/dataoecd/2/53/42073659.pdf>.

for competition policy objectives.⁵⁴ Young agencies operating in these conditions may find it exceedingly difficult and costly to effectively apply alternative methods such as UPP in evaluating competitive effects. As such, for these agencies, market definition can be particularly useful as a practical and efficient analytical framework for analyzing competitive effects in the merger context.

Consistent use of market definition among agencies can likewise yield significant benefits for businesses contemplating cross-border transactions. With more than 100 competition regimes operating worldwide, businesses pursuing such transactions already face significant costs and burdens from the process of obtaining merger clearances. Companies must identify jurisdictions in which a transaction may be subject to merger control, an exercise that often entails consultation with local competition counsel and detailed analysis of jurisdictional thresholds varying widely in substance and scope. Once relevant jurisdictions have been identified, businesses must navigate a complex array of distinct notification requirements, deadlines, penalties, information requests, and waiting periods. Following notification, companies are confronted with differing substantive standards and often must identify and address unfamiliar industrial policy considerations that also may inform merger review in various jurisdictions. Finally, companies face the risk that different jurisdictions may reach inconsistent outcomes regarding a proposed transaction.

Addressing these challenges can entail extraordinary costs, including filing fees; out-of-pocket expenses for legal and economic advice; opportunity costs of delayed efficiency realization; and business disruption. In order to mitigate the significant uncertainty and costs stemming from review of cross-border mergers, the business community strongly supports the adoption of international best practices with respect to appropriate analytical approaches for evaluating competitive effects.

6. Conclusion

The limitations of market shares and market concentration as proxies for market power are well understood by enforcement authorities, commentators, and courts alike and there is broad consensus that the evaluation of mergers cannot end with market definition. Likewise, few would argue the conceptual and practical value of economic tools such as UPP and IPR in analyzing competitive effects under certain market conditions, particularly where differentiated products are at issue and sufficiently reliable evidence is available for their effective deployment. To the extent that these methods can be meaningfully and reliably employed to help to identify mergers that may harm competition, the business community encourages their adoption and use by competition authorities.

Alternative analytical methods applied on *ex proprio* basis without the benefit of market definition exhibit numerous shortcomings including, but not limited to: (1) a tendency to identify unilateral effects in virtually any merger where margins and diversion are positive; (2) an inherent bias against mergers in high-margin industries; (3) dependence on evidence that may be difficult to obtain and subject to measurement error; (4) reliance on a range of restrictive assumptions; and (5) a disregard of supply-side competitive constraints. As a policy matter, these shortcomings limit the effectiveness of stand-alone alternative techniques in identifying anti-competitive effects. Moreover, they can introduce significant costs and burden early in the merger review process and limit the ability of companies to predict outcomes.

⁵⁴

Id. at 3, 4, 16; *see also* William E. Kovacic, *Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies*, 66 U. CIN. L. REV. 1075, 1093 (1998) (“Transition economy competition agencies typically must operate with limited access to data that offers an accurate view of existing market conditions and the competitive significance of individual firms.”).

In light of these shortcomings, BIAC submits that competition authorities should continue to utilize market definition as the fundamental analytical framework for evaluating the competitive effects of proposed mergers. Market definition is an intellectually disciplined exercise that enables agencies to distinguish competitive alternatives available to consumers. This information is critical to identifying competitive harm, even where alternative tools ostensibly can be employed to directly measure the unilateral effects of mergers involving differentiated products. Of course, market definition is “not an end in itself.” and the method should not be reduced to a formulaic, line-drawing exercise. Competition authorities must be careful not to define markets too narrowly, rely on anachronistic market characterizations, or give excessive deference to assessments made by other regulatory agencies.⁵⁵ However, the analysis should always be undertaken.

BIAC commends competition authorities that have developed and adopted a range of sophisticated methods that can be used in an integrated fashion to better analyze proposed mergers. Furthermore, BIAC welcomes efforts by these bodies – in consultation with the international enforcement community, practitioners, scholars, and the private sector – to publish guidelines that attempt to accurately and describe agency practice. Transparency into the particular techniques agencies use to evaluate proposed mergers significantly mitigates costs and risk for businesses contemplating merger activity. However, as investigative toolkits become increasingly diversified, agencies should recognize that it is not enough to describe a spectrum of analytical methods, any one of which may be used depending on the circumstances of a particular case. To provide the necessary degree of transparency for the benefit of business, the relevant context in which various methods will be applied, and each method’s relative importance, must be adequately clarified. Otherwise, guidelines fail to provide guidance.

For jurisdictions in which merger control maintains a judicial dimension, BIAC encourages competition authorities to align their analytical approaches with established legal precedent. Although courts are often guided by principles of agency practice and agencies must often lead the way, agency practice typically is not binding in the judicial review of challenged mergers. Thus, where market definition is a foundational inquiry as a matter of law, it should occupy a foundational position in agency analysis of proposed mergers. Such alignment will minimize conflict and divergent outcomes between various instruments of government; enable enforcers to more efficiently develop evidence that may be marshaled in courts; and lead to greater predictability for businesses and practitioners regarding the standards likely to govern merger review.

Agency practice should likewise align with international norms and consensus views within the global competition community. With respect to market definition, these norms are summarized in ICN’s Recommended Practices for Merger Analysis, which ascribes a paramount significance to market definition in merger review and provides that “[a]gencies generally should assess the competitive effects of ... merger[s] within economically meaningful markets.”⁵⁶ BIAC submits that agency adoption of the ICN’s Recommended Practices respecting market definition will (1) increase transparency and mitigate the extraordinary costs facing businesses contemplated mergers with a cross-border dimension; (2) facilitate greater convergence among the growing number of competition enforcement authorities worldwide; and (3) and will aid emerging, resource-constrained regimes in implementing efficient and effective merger control policy.

⁵⁵ This consideration is particularly relevant for mergers in regulated wholesale markets.

⁵⁶ ICN Recommended Practices, *supra* note 47, at 4.

THE RELEVANT MARKET DEFINITION UNDER THE EUROPEAN UNION COMPETITION LAW

By Judge Nils Wahl

1. Points to be discussed: Introduction

- In the perspective of ensuring that competition in the internal market is not distorted, the EU Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) contains a number of provisions governing the behaviour of firms, principally the prohibitions on restrictive practices and abuse of dominant positions in Articles 101 and 102 respectively. A special regime applies to mergers under Regulation 139/2004.
- Competition cases usually reach the General Court (GC) by way of direct action under Article 263 TFEU, brought against decisions finding an infringement of the competition rules and imposing fines (Articles 101 and 102) or prohibiting a merger, or by third parties such as disappointed complainants or competitors.
- In the absence of legal provisions concerning the obligation of the Commission to delimitate, in each case, the relevant market, the European courts have underlined that the notion of market definition plays a key role in competition analysis.

2. The need for a relevant market definition: a 'variable geometry' requirement under the European case law

2.1 *The consecration of a wide obligation to set a market definition*

- The definition and delineation of the relevant market lies at the core of competition laws and anti-trust regulation (see notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [Official Journal C 372 of 9.12.1997]).
- In order to check and curb anti-competitive agreements and abuse of dominance, one must be able to define the relevant market in which it occurs, to pinpoint both the sphere and the periphery of practices and activities which have an appreciable adverse effect on competition, i.e. to describe the scope of such practices and activities, the effects of which can be considered a significant obstruction to free trade and consumer interest.
- The European courts have considered that the delineation of the market is a fundamental tool to evaluate each competition case, but the approach towards market definition differs depending on the type of case

2.1.1 *In the assessment of the existence of infringements*

- Case-law about Article 102 TFEU/mergers (abuse of dominance cases): From Continental Can to AstraZeneca

The definition of the relevant market is of essential significance, for the possibilities of competition can only be judged in relation to those characteristics of the products in question by virtue of which those products are particular apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with other products (Case C-6/72 Continental Can v Commission, point 32)

It follows from the case-law of Article 102 TFEU (previously 82 EC), that the Union judicature considers that the definition of the relevant market constitutes an essential precondition of the assessment of whether an undertaking has a dominant position

- Case-law about article 101 TFEU (Cartels cases)

In the context of Article 101 TFEU [ex 81(1) EC], on the other hand, the Union judicature considers that a prior definition of the relevant market is not required where the agreement at issue has in itself an anti-competitive object: “the obligation to include a definition of the relevant market in a decision adopted under Article 81 EC is not absolute, but is incumbent upon the Commission ‘only where it is impossible, without such a definition, to determine whether the [cartel in question] is liable to affect trade between Member States and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market”.

Consequently, concerning the most serious agreements expressly prohibited by Article 101 (1) (a) to (e) TFEU, the Union judicature considers that arguments as to an incorrect definition of the market are ineffective, and therein, in my view, lies the difference with the procedure followed in the context of Article 102 TFEU.

Concerning the level of the fines, the Court rejected the view that in order to ascertain the actual impact of a cartel for the purposes of assessing the gravity of an infringement, it is always necessary to define the relevant product market. The Court considered: “although the actual impact of the infringement on the market is a factor to take into consideration when assessing the gravity of that infringement, it is one criterion among others, namely the nature of the infringement and the size of the geographic market”. Similarly, the Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty (OJ 1998 C 9, p. 3) state that that actual impact on the market is to be taken into account only where this can be measured.

2.2.2 *In the context of the preliminary ruling: a systematic obligation to define the relevant market?*

- General introduction on the preliminary ruling before the European Court of Justice.
- In its judgment of 17 February 2005 in case C-134/03, Viacom, the Court of Justice seems to impose a very wide-spread obligation to delimitate the relevant market in each competition law case submitted to the Court in the context of a preliminary ruling.

2.2 *Towards a less formalistic approach?*

- The requirement to establish the relevant market appears as the symptom of a formalistic and restrictive approach in the context of the examination of anti-competitive behaviour.
- Since the beginning of the 90's, there has been, in a number of cases, a shift in the GC's case law by using others tools in the assessment of the anti-competitive behaviour.

3. **Judicial review of the relevant market definition**

It follows from the above that the delimitation of the relevant market was not considered as a prerequisite in a considerable numbers of cases. In addition, it has to be pointed out that judicial review of the relevant market definition is per se limited.

3.1 *The limited control of complex economic issues as a general principle*

- Market definition is a process dominated by economists who shape lawyers' arguments and engage in a 'battle of experts' in court.
- The GC's judicial control is, on substance, a review of legality ("contrôle de légalité") that implies a close control of law and facts: in these matters, the GC ensures in particular that the respect for procedural requirements, for the rights of defence and for the standard of proof required is observed.
- Existence of some limits relating to the Commission's powers and margin of discretion: the GC exercises a more restricted control in complex economic matters.
- The GC cannot proceed to a re-examination of the merits of a case... except where fines are concerned.

3.2 *The difficulties for applicants to challenge the relevant market definition done by the Commission*

- In general, applicants have limited their intervention to a question of respect for rights of defence. In that perspective, the issue of relevant market definition is not wholly related.
- The review of fines plays a central role in recent case-law.

SUMMARY OF DISCUSSION

By the Secretariat

1. General introduction to market definition

The Chair, Professor Frédéric Jenny, opened the Roundtable discussion on market definition by welcoming delegates and thanking them for the diverse and rich contributions received by the Secretariat. The Chair also presented the three expert panellists: Ulrich Schwalbe, Professor of Economics and Chair at the University of Hohenheim; Jorge Padilla, Consultant responsible for Europe at Compass Lexecon; and Nils Wahl, Judge at the General Court and soon to become Advocate-General at the Court of Justice of the European Union.

The Chair then introduced the three specific subtopics to be addressed during the Roundtable: first, the institutional prerequisites and limitations of market definition, which mainly refer to the interface between legal standards and the economic approach, the legal requirements to define the market and differences between competition authorities and courts both within a jurisdiction and across jurisdictions; second, the difficulties or ambiguities associated with the usual instruments employed to define the relevant market; and third, the potential of new economic instruments to replace or complement market definition. The Chair also indicated that the roundtable would benefit from extended presentations by the UK and US delegations. The Chair then gave the floor to Professor Schwalbe and Frank Maier-Rigaud, the authors of the Secretariat background paper, in order to provide a general introduction to the key issues of market definition.

Professor Schwalbe explained that market definition is one of the most important analytical tools employed to examine and evaluate competitive concerns. First, it helps assess the existence, creation or strengthening of market power, which could be defined as the ability of a firm to maintain prices above the long-run competitive level. Second, it allows for the calculation and assignment of market shares which in turn provide a useful indicator of market power. For example, in merger control, the level and changes in market shares are used as a first screen to identify mergers that could generate competitive concerns. Third, it enables the identification of competitors, which is particularly important in evaluating the potential scope of co-ordinated effects in mergers. Finally, market definition delineates the area of competition, which is a key step in assessing barriers to entry.

Professor Schwalbe explained that the relevant market should be defined in a manner that best captures the competitive constraints that a firm faces. Since constraints mostly emanate from demand and supply-side substitution, market shares provide the best indication of market power. From an economic point of view, the hypothetical monopolist test (HMT, also referred to as the SSNIP test) has proved to be the most convincing method for delineating the relevant market. The market defined accordingly comprises all the products and regions for which a hypothetical profit maximising monopolist could impose a Small but Significant Non-transitory Increase in Price (hence SSNIP). The HMT/SSNIP test can be implemented in practice using a variety of methods, which are often based on quantitative data. Even if such data is not available, however, the HMT/SSNIP test still provides a very coherent conceptual framework for the delineation of the relevant market.

In several types of markets, market shares are not necessarily a reliable indicator of market power. First, in the context of product or geographical differentiation, the closeness of competition and substitution between products is more important in assessing the competitive effects of a merger. Similarly, in bidding or auction markets, the closeness of the competitors offers more insight into the possible effects of a merger. Third, the application of market definition is equally complex in two-sided markets, where platforms serve distinct groups of consumers between which there are indirect network effects. Fourth, when competition is driven by innovation rather than price or quality, the boundaries of the market tend to be volatile and market shares may change rapidly. Finally, in so-called retrospective dominance cases, the “cellophane fallacy” may arise, which results in the underestimation of market power due to an overly broad market definition.

Professor Schwalbe then moved on to discussing several alternatives put forward in recent years, precisely in response to problems arising in the previously mentioned markets. Pricing pressure indices are a type of new indicator used in markets with differentiated products. They are based on two main factors: the diversion ratio and the profit margin. For example, the Upward Pricing Pressure (UPP) for product X depends on the diversion ratio between products X and Y (i.e. how much of the reduced demand for product X is recaptured by product Y) and on the profit margin for product Y. There are several varieties of pricing pressure indices, including extensions of the UPP and the Gross Upward Price Pressure Index (GUPPI). Another suggestion is to use the Compensating Marginal Cost Reductions (CMCR) approach as a means of assessing efficiency gains, by considering the reductions in marginal costs that are necessary to neutralise any post-merger increase in prices. Pricing pressure indices, however, need to be combined with a demand function to predict the magnitude of the price increase. This is closely related to such concepts as the illustrative price rise (the IPR) used, for example, by the Office of Fair Trading and the Competition Commission as well as simpler merger simulation models (i.e. the Antitrust Logit Model or PCAIDS). Professor Schwalbe explained that predicting the magnitude of the price increase can be problematic, since estimating a demand function requires much more detailed information and the results of predictions can vary a lot depending on the form of the demand function that is employed. Finally, in abuse of dominance cases, it has been suggested that market definition can be skipped by considering the direct effects of the incriminated conduct. If there is clear evidence that this conduct causes anticompetitive effects, the presence of these effects in itself establishes the dominance of the firm.

In light of the identified limitations, it becomes necessary to understand when the new tools can actually be used. It turns out that they can be applied in a rather limited number of cases, depending on the competitive problem at hand, the available or required information and its robustness, the existence of clear evidence of anticompetitive effects and the legal basis. For example, pricing pressure indices can be useful in mergers in markets with differentiated products, where competition is based on prices and where the main competitive concerns are unilateral effects. Information requirements are, however, higher compared to the traditional market definition approach. Introducing these new instruments will not represent a substantial change in competition policy as market definition will remain a very important tool in competition analysis.

Mr Maier-Rigaud continued the presentation by introducing the legal and institutional aspects related to the adoption of new techniques. A first key distinction to make is whether market definition is embedded in hard (i.e. acts, statutes, cases) or soft law (i.e. notices, guidelines, etc). Second, the type of legal system (common or civil law) and the role of the judges in adversarial versus administrative law systems are of significant importance. Another fundamental issue is the relationship between market definition and legal certainty. Three different aspects of this relationship include: the value of market definition as a precedent, the predictability of new tools in case of higher variance in derived predictions, and methodological pluralism in itself, which may increase uncertainty with respect to the choice of the most appropriate tool and in case several methods are employed may also entail contradictory results.

Mr Maier-Rigaud noted that with respect to the institutional constraints, many countries referred in their contributions to the size, experience, staffing or priorities of the competition authority. Another important issue raised in Germany's contribution is whether new techniques limit a firm's capacity for self-assessment. Mr Maier-Rigaud concluded the Secretariat's presentation by raising some questions to open the discussion: first, whether competition law should be open to new and perhaps alternative tools to market definition, and second, whether these new tools are sufficiently robust and reliable to increase the precision of competition analysis, and whether the added precision really warrants the additional resources required to apply new instruments. The second question is closely related to *ex post* evaluation. With respect to the first question, Mr Maier-Rigaud suggested that competition analysis is possibly now in a similar situation it was in when market definition was initially introduced. At that time there were also concerns that market definition as a new concept would not be understood by practitioners. Since that time, however, it has become an integral part of the analysis.

2. Institutional prerequisites and limitations to market definition

The Chair opened the first section of the Roundtable dedicated to the issue of embeddedness of market definition in competition law by noting that in a number of jurisdictions market definition is required by law or jurisprudence, and that in some jurisdictions the use of traditional tools in the courts is difficult. The Chair invited Judge Nils Wahl to introduce the legal aspects underpinning the application of market definition.

Judge Wahl highlighted that EU law contains a number of provisions that deal with competition law aspects, such as Article 101, 102 TFEU or the Merger Regulation. None of these, however, provide specific guidance regarding the procedure to be followed, the obligation to define the market in the first place nor the methodology to be adopted for doing so. To address this and clarify its approach, the European Commission has published a Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law (Official Journal C 372 of 9.12.1997). In Judge Wahl's view, this is mainly an economic definition. In the absence of clear rules, the European Courts have used this document to establish that the market should in principle be defined in all competition cases. In practice, however, the treatment differs depending on the type of case.

In cases of abuse of dominance (Article 102 TFEU), the judiciary has established that the definition of relevant market is of "essential significance" to competition. In this regard, the "possibilities of competition can only be judged in relation to the characteristics of the products in question by virtue of which those products are particularly apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with each other". The case of *AstraZeneca* is a recent example in which the importance of defining the market was underlined. The definition of the relevant market is also the starting point in EU cartel and agreements cases. However, as it is not as crucial as in dominance cases, the judiciary has in numerous occasions dispensed with market definition to establish a restriction of competition. Nonetheless, market definition is still needed to establish an effect on trade between Member States. Also, it is sometimes used to define the level of fines, although courts have indicated that this is only one amongst several possible criteria as the seriousness of the offence can very well be decided by looking at other factors. Judge Wahl pointed out that in case of preliminary rulings, when national courts collaborate with the European Court of Justice to interpret EU law, the definition of relevant market is an absolute obligation as established in the *Viacom* case of 2005.

Finally, Judge Wahl noted that there has been an evolution in the extent to which market definition is required. In abuse of dominance cases, market definition remains mandatory. In cartels, the burden upon the European Commission to delineate the relevant market has been lessened. Market definition is therefore not required when anticompetitive effects can be determined by other means (as was evident in the *MasterCard* ruling), or to establish effects on trade between Member States. With respect to the

calculation of fines, although the new guidelines seem to require market definition, the European Courts have not requested it so far.

Judge Wahl also pointed out that the difference between administrative and adversarial systems, previously mentioned by the Secretariat, is of the greatest importance for understanding EU law. In the EU, the Community Courts perform a legality control of decisions made by an authority. The review is limited to points of law and is based on what parties actually claim, which may generate an apparent but unreal disharmony in the case law. Therefore, market definition is subject only to a limited control; rather than conducting a full review of the delineation, the Courts investigate to what extent the Commission has made a manifest error. Judge Wahl concluded with the thought that the delineation of the relevant market carried out by the EU courts does not always follow an economic approach and that it may often simply be based on product characteristics.

The Chair followed up by asking why the Courts have slowly but surely adopted a less formalistic approach to market definition.

Judge Wahl clarified that both a better understanding of competition law and the fact that the review is limited have facilitated the adoption of a less formalistic approach.

In contrast, in Mexico the courts seem to have taken a very formalistic approach and the developments observed in Europe have apparently not yet occurred. The Chair asked the delegate whether such a formalistic approach imposes limitations on the implementation of competition law.

The delegate from Mexico explained that market definition, as in many other countries, aims at identifying and assessing competitive constraints to inform whether likely practices or conducts can harm competition and consumers. Under Mexican competition law, market definition is required in all decisions. The delegate noted that Mexico follows a civil law system, where the interpretation of legality by lawyers and judges is subject to a particularly formalistic scrutiny, in which the wording instead of the spirit of the law constitutes the interpretative standard for most competition cases. The delegate also underlined that the Mexican competition authority is committed to reconciling benefits of increased legal certainty based on market definition with technical benefits of new tools to better inform competition inquiry and to increase the accuracy of its decisions. The delegate acknowledged that while market definition provides more certainty, this may come at the expense of an increased number of false positives and negatives. While new tools may improve enforcement decisions, implementing new tools requires specialised knowledge and a judiciary more attuned to the complexity of the analysis carried out by the competition authority.

The Chair commented that there are other countries with a similar formalistic approach. Referring back to the limited review of market definition conducted in the European Union, the Chair explained that in other countries the judicial review may be extensive and market definition may be an issue of contention between competition authorities and the judiciary. The Chair invited Australia and Ireland to present the relevant cases described in their contributions.

The delegate from Australia clarified that different views may be partially explained by the fact that Australia does not operate under an administrative law system. This implies that the competition authority does not issue decisions and in consequence it has to bring cases to court. In the case of mergers, there are formal and informal clearance processes that facilitate abandonment or remedies and only very rarely cases are ultimately brought to courts. Most often, though, when the competition authority considers that a given merger will substantially lessen competition, the parties of the merger either abandon the transaction or propose undertakings to remedy the expected harm. The recent case of *Metcash*, a merger to monopoly between two grocery wholesalers, illustrates divergent views on market definition. The issue ultimately revolved around narrowing the market to wholesaling of groceries to independent retailers or enlarging it

to include vertically integrated retail chains. The relevant price and the size of the SSNIP were also discussed and the competition authority argued that it was not the final price of groceries either at wholesale or at retail level but the gross margin of the wholesalers that mattered. The judge, however, discarded the approach of the competition authority and defined the market more broadly, thereby concluding that it was impossible to conceive of a SSNIP test at the retail level in this particular case. The competition authority appealed the decision arguing that when retail price is used, SSNIP should be smaller as the ultimate issue is the potential to extract profit. As appeal courts are very reluctant to reinterpret factual findings, the merger went ahead. There are also examples of concurrence in the definition of relevant market between the courts and the competition authority, such as in the case of *Liquorland*, in which the Court acknowledged that the HMT is useful in terms of organising market evidence but does not replace such evidence.

The delegate from Ireland suggested that the focus of the intervention should shift to a broader question concerning the extent to which market definition is embedded in competition law. In Ireland, the competition statute says that a merger can be blocked only upon a showing that its result will be "to substantially lessen competition in markets for goods or services in the State," but that leaves open the question whether formal market definition is required. Merger guidelines are currently being revised and may address the question of whether effectively the market has to be defined in every case. The delegate referred to the evolution of merging parties' views towards the acceptance of market definition in the United States, and recalled that whereas in the past, merging parties were reluctant to embrace it, now the prospect of a merger being blocked without market definition seems unacceptable to defence lawyers. To conclude the delegate referred to the *Staples-Office Depot* case to explain that the stage in the assessment in which the market is delineated is irrelevant as long as it is defined thoughtfully and carefully.

3. Identifying and addressing the difficulties with the application of market definition

The Chair then moved the discussion on to identifying and addressing difficulties with the application of market definition and invited Mr Padilla to provide an introductory presentation on market definition in abuse of dominance and monopolisation cases from a practitioner's perspective.

Mr Padilla began his presentation by stating that market definition plays a pivotal role in abuse of dominance and monopolisation cases because it facilitates the identification of the competitive constraints faced by the firm. While he acknowledged that market definition may be difficult and controversial, especially in abuse of dominance cases, he argued that the market should be defined in all types of cases. Mr Padilla also stated that market definition should be case-specific and that economics should not play a central role in the analysis of the market. Finally, Mr Padilla discussed the implications of the so-called "cellophane fallacy" on the type of market definition that can be conducted in monopolisation and abuse of dominance cases. The cellophane fallacy refers to a situation in which observed substitution patterns are uninformative. In the existence of considerable market power, prices tend to be higher and price increases may induce product substitutability where products are not effectively substitutable. This in turn can lead to a broad market definition and the conclusion that there is no market power while the very reason why market power is apparently low and the market is broad is the exploitation of that market power in the first place. In the case of mergers, the "cellophane fallacy" is deemed to be less of a concern because merger investigations focus on the competitive constraints that exist pre-merger rather than competitive constraints that could exist hypothetically in a competitive market. In contrast, the concerns that the cellophane fallacy may generate are typically related to abuse of dominance and monopolisation cases. In the view of Mr Padilla, these concerns are, however, overstated for two reasons. First, Mr Padilla argued that exclusionary cases can be assimilated to mergers, as the key question is whether the unilateral behaviour is likely to change market structure and lead to increase in prices. If a competition authority is interested in investigating the incentive and ability of a company to engage in exclusionary conduct, it is essentially interested in understanding the competitive constraints that exist pre-abuse, at the moment when abuse is

taking place, and that may prevent the company from profitably raising prices once competitors are excluded. Therefore, as competitive constraints that exist pre-abuse (and not those that would exist in a hypothetically perfectly competitive market) are relevant for the analysis, the SSNIP test can be as meaningfully applied in exclusionary cases as it is applied in mergers. The existence of a dominant position, while not determined directly, can be inferred from the presence of weak competitive constraints and incentives as well as the ability to increase prices. Therefore, the SSNIP test can be applied in exclusionary cases as it provides information both on the existence of a dominant position and the ability and likelihood of anti-competitive effects. In contrast, in exploitative abuses, the “cellophane fallacy” may arise and may have significant implications. While this does not invalidate the application the SSNIP test, it suggests that instead of trying to clearly delineate the relevant market, competition authorities should rather focus on finding whether there are any good benchmarks against which exploitative conduct could be measured that could be meaningfully used.

Mr Padilla acknowledged that others have argued that the implications of the “cellophane fallacy” in exclusionary abuses, and in general in abuse of dominance cases, invalidate the application of market definition, and have suggested using other instruments such as the analysis of prices and product characteristics. The analysis of prices and price levels, however, also suffers from “cellophane fallacy”. Product characteristics, on the other hand, are not a viable alternative as consumer preferences may actually establish patterns of substitution that contradict what product functionality would suggest. For example, two products that are very different in terms of functionality could actually be considered substitutable from the consumers’ point of view. Also, two very similar products could be found to belong to separate markets. Another technique that has been proposed is price correlation analysis, which is based on the idea that two products whose prices co-move should belong to the same market as price co-movement is most likely the result of substitution. Just as the analysis of price levels, price correlation analysis is not free of the “cellophane fallacy”. A firm with market power may raise prices to the level that indeed triggers substitutability with a product that at different prices would not be considered a substitute. Second, correlated prices may be driven by common factors rather than demand substitutability. Finally, the absence of price correlation does not necessarily imply that products belong to different markets given that demand substitutability may be lagged. This effect can, however, be captured by applying other long-term techniques such as co-integration or mean-reversion analysis. Mr Padilla concluded by repeating that in his view concerns regarding the “cellophane fallacy” are considerably overstated. Referring to recent developments, including a number of cases before the European Commission, Mr Padilla noted that those remaining concerned about the cellophane fallacy may want to consider whether common demand and cost factors exist between prices of two products that are potential substitutes, and then examine whether the remaining part of the price exhibits some co-movement. While this may be a complex task (it requires the calculation of regression residuals and then an analysis of the correlation or co-integration of these residuals), it nonetheless is an interesting alternative that has already been discussed in a couple of recent cases.

The Chair thanked Mr Padilla for his presentation and opened the floor to other contributions turning first to a MOFCOM delegate.

The remarks by the delegate of China relating to market definition were based on a study conducted in Portugal, Italy and France. The delegate noted that China’s contribution on the application of sophisticated techniques (SSNIP, Critical Loss Analysis, UPP, diversion ratios) was limited as the competition authority was recently established and competition law was enacted only four years ago. The delegate explained that while the relevant market is a very important element in the analysis, it should be clearly defined only when necessary. Sophisticated techniques should be relegated to very complicated cases. The delegate suggested clarifying under which circumstances sophisticated, complicated and time-consuming techniques should be used in order to increase efficiency of the authority’s investigations. In the case of merger review (which entails first identifying potential concerns and then addressing them), defining the relevant market is needed only when the potential competitive effects are unclear. On the basis of the

experiences of Italy, Portugal and France, the delegate observed that non-problematic cases could be identified initially and procedures could be simplified. In cases subject to simplified procedure, the relevant market should not be an issue of concern. Finally, the delegate noted that although the UPP is a new and very complicated issue, this instrument could be considered in some exceptional circumstances.

The Chair underlined that some of these issues are also discussed in other contributions. For example, in cases where it is clear whether there is a competition problem or not, market definition may be partly passed over. The Chair remarked that while various contributions discuss the difficulties associated with market definition, the German contribution states that it is nonetheless a useful tool even in difficult cases. The Chair asked the delegate to explain its application in such cases.

The delegate from Germany explained that in mergers and abuse of dominance cases, the definition of relevant market is a legal requirement. Courts, or at least the Court of Appeal, conduct a full review of the cases which may lead to a new market definition. Although it may be difficult to define the market in certain situations (e.g. the recent cases of two-sided and differentiated product markets described in the contribution), all competitive constraints inside and outside of the defined market are taken into consideration. As such, the application of market definition has not yet proven problematic. Satisfaction with market definition, even when applied to difficult cases, is also related to concerns relating to legal certainty.

The Chair noted that Poland is in a similar situation to Germany, insofar as the traditional tools are regarded as flexible and easy to use.

The delegate from Poland explained that market definition is considered to be a useful approach as no particularly difficult problems have yet arisen in Poland and no superior alternatives are currently available. While new economic concepts can be used complementarily, they may not be used as the main concept. In recent cases of two-sided markets and markets with differentiated products (described in the contribution), market definition was successfully applied. For instance, the discussion on the recent merger of the two major cable TV operators in the two biggest Polish towns revolved around whether the market should be narrowed to cable TV operators or should be enlarged to paid TV providers. The competition authority carried out in-depth research, including the analysis of customer migration from cable TV, price policies in overlapping areas and of the strategic business documents of the parties. Although a broad market of paid TV providers was defined, competitors were differentiated by their closeness and, as a result, cable operators were grouped together. The case was not brought to court but severe remedies were imposed on the merging parties.

The Chair then invited Professor Schwalbe to comment on recent interventions and opened the floor to other contributions.

Professor Schwalbe noted that there is no doubt that a market can be defined even in complex circumstances, such as those arising in two-sided or dynamic markets, but that in such markets market shares may not be indicative of market power, and other tools should be introduced to provide a better approximation of market power.

The Chair indicated that this will be further discussed as there are other contributions on this issue, notably that of the European Union. The Chair then turned to the delegate from Greece, who had requested the floor.

The delegate from Greece explained that the definition of the relevant market is legally required in mergers and in Article 101 and 102 TFEU cases. Accordingly, when a few years ago the competition authority refrained from responding to a particular aspect of a complaint due to lack of sufficient evidence,

the Court ruled that the competition authority was obliged to exercise its powers to define the relevant market in order to rule on any complaint on abuse of a dominant position. Therefore, lack of evidence does not constitute sufficient grounds for refraining from deciding. The delegate also noted that in abuse of dominance cases companies under investigation often challenge the finding of dominance, as illustrated by the recent cases of *Nestle* and *Tasty Foods*. In the *Tasty Foods* case, for example, the discussion revolved around the existence of a dominant position rather than the large number of alleged infringements. Also, while highly complex and conflicting economic analyses were presented in this case, ultimately it was resolved on the basis of an answer provided to a very simple question and common sense.

Mr Padilla, who had been involved in the *Tasty Foods* case, confirmed that parties approached market definition from very different perspectives and the defendant used very sophisticated and complicated techniques in order to establish a broader market. Mr Padilla agreed that common sense and simple pieces of evidence should be considered before delving into more sophisticated techniques. Indeed when these provide a clear indication, there is not much need for adding more complexity into the analysis.

The Chair agreed that perhaps more common sense should be applied in addition to new instruments and then turned to Korea.

The delegate from Korea explained that diversion ratios, which are also employed in the calculation of the UPP, were used in a major merger case reviewed by the Korean Fair Trade Commission (KFTC) in 2012 to examine whether two types of supermarkets belonged to the same market. While there are different ways to calculate the diversion ratio, the KFTC usually uses consumer surveys to obtain the necessary information. In the aforementioned case, approximately 2,000 people were surveyed to identify the relationship between retailers and the potentially latent market. The delegate observed, however, that the sample was too small, so that the statistical validity of the results was not ensured. While biases in the analysis can be minimised by expanding the sample size, budget constraints may effectively limit the possibility of carrying out such expanded analysis. The delegate invited other participants, including the UK, which employed diversion ratios to review a similar case, to comment on their experiences and the methods they have used to reduce bias in obtaining the diversion ratio.

In response to the intervention, the Chair commented that this will be further discussed in the third part of the Roundtable, as the presentation of the United Kingdom will focus on diversion ratios and UPP. The Chair turned to the contribution of Chile and asked the delegate about the reasons for scepticism in embracing the traditional market definition approach in high-technology markets and even more so in embracing new techniques.

The delegate from Chile explained that scepticism arises from the difficulty of obtaining enough data to apply these new techniques, which favours the use of the standard market definition approach based on both quantitative and qualitative data. Chilean law does not require market definition and, consequently, there are no legal obstacles to applying new methods. Incumbents and practitioners are increasingly aware of the importance of providing the tribunal with more data: for the past three years, in accordance with the internal ruling issued by the competition authority, parties have been obliged to file all data used in support of their arguments. Still, to date the standard approach has been applied using quantitative data whenever available, examining market shares within a context, and incorporating dynamic and prospective factors to the analysis. The delegate explained that given that Chile is not very active in R&D, there were only few cases in high-technology markets which consider the likely impact on the merging parties' capacity to innovate. Finally, the delegate noted that the prosecutor agency and the courts may have different views on market definition.

Next, the Chair introduced the contribution of Israel and asked the delegate to elaborate further on the statement that the hypothetical monopolist test may lead to different results depending on the starting point of analysis.

The delegate from Israel explained that this statement is based on a merger case in the printed financial newspaper industry in which the main debate revolved around market definition. The result of the SSNIP test was determined by the choice of a specific product as a starting point for the analysis. According to this test, two products that were perceived to be very close substitutes did not fall into the same relevant market. The result would have been different had the examination started from one of these two products. Therefore, the identification of a particular product market is highly dependent on the starting point of the analysis. The delegate noted that this case clearly illustrates that market definition is more of an abstract economic tool rather than a practical method. The delegate concluded by underlining that it is always necessary to take into account the context of a specific case to determine whether two products are in the same relevant market or not.

Mr Padilla responded to Israel's intervention by suggesting that the market defined might have been different had all possible price increases that a hypothetical monopolist could implement been considered.

The Chair turned to the contribution from the European Union, and the question of market definition in high technology markets, where market shares are likely to change very rapidly. According to the EU contribution, innovation does not disqualify standard market definition, but rather requires the right time horizon. The Chair asked how an appropriate time horizon is chosen.

The delegate from the European Union argued that timing is a sensible issue in innovative industries because markets and, consequently, market definition can be less stable and fluctuate over time. In addition, it has to be taken into account which timeline is relevant for the case at hand. In antitrust, generally a historic behaviour is considered, while the merger assessment focuses on the future and therefore entails a more dynamic assessment. For a dynamic assessment it is important to have an understanding of the technological stage of the market. Does the case involve a young technology and disruptive innovation, or rather a mature technology with incremental innovation, or is an end stage technology involved where there may no longer be a competitive dynamic? Recent merger cases in the digital storage industry illustrate the importance of identifying the technological stage in order to define the market. In these cases, the discussion revolved around whether mechanical Hard Disk Drives (HDD) are in the same market as Solid State Disks (SSDs) representing for a number of applications the up-and-coming technology. Factors to be taken into account *inter alia* are the current price differences, the speed of the potential convergence in prices as well as different technology characteristics and relevant customer demands (today and in the future). In the specific case, there were strong indications that HDDs are a more mature technology with incremental innovation and, therefore, observed market shares are likely to be more stable. With respect to the question concerning the right time horizon, the delegate explained that it is established on a case-by-case basis. Due to the difficulties associated with forecasting, it is important to have an adequate degree of certainty that, in the short-term, technological change will indeed occur.

The Chair pointed out that the application of the SSNIP test to marginal consumers or all consumers was not discussed, but referred to the contributions of France, South Africa and the United States for different perspectives on this issue. The Chair then concluded the second part of the Roundtable discussion by noting that a case-by-case approach does not provide a definitive method of analysis.

4. The use of alternative analytical tools

The Chair introduced the third part of the Roundtable pointing out that it had already become clear that the application of the traditional market definition may entail difficulties and can be questioned,

particularly in high-technology or – to a lesser extent – in two-sided markets. The Chair explained that the United Kingdom has been eager to embrace new techniques, such as the UPP, and invited the delegate to present their experience.

The delegate from the United Kingdom confirmed that new techniques have been adopted, particularly in merger cases. In the UK, merger analysis is conducted in two phases. The OFT is responsible for the first phase, in which it gauges whether there is a realistic prospect of a substantial lessening of competition. If there is, and the parties have not submitted commitments, it refers the case to the Competition Commission (CC). The new Merger Assessment Guidelines, which were published two years ago, de-emphasise the use of market definition but clearly state that it is not abandoned. The former Guidelines applied the HMT to identify the narrowest market, while the new ones consider market definition in order to create a useful framework for merger analysis and focus the analysis on the intensity of competition. This shift was motivated by the fact that the hypothetical monopolist test can lead to an unrealistic description of the relevant market, while new instruments can operate with a market definition more recognisable to industry participants. While market definition remains a fundamental step in the analysis, there is a shift from an analysis based on market shares to a direct analysis of competitive effects, particularly in differentiated product markets where market shares may not be a good measure of the actual or potential reduction in competition following a merger.

In such cases, the authority may use evidence from diversion ratios, profit margins and other relevant evidence to generate simple quantitative measures of upward pricing pressure as part of the overall competitive assessment. Typically, cases in which such evidence has been used involved local markets. As an example, in the retail sector, merger cases typically are assessed by firstly defining catchment areas as a proxy of the geographic market, and then using diversion ratios and profit margin data to assess how a merger may affect retail prices. Direct evidence on diversion ratios and margins has also been used in the first phase in a few cases of consumer goods and food product mergers, notably in *Unilever-Alberto Culver* as well as in *Princes-Premier Foods*. However, where these techniques have been applied, the OFT has not defined the market conclusively. In other cases, the OFT may have only delineated a likely market as there is no requirement to define the market in the first phase of merger analysis. If there is a realistic prospect of a substantial lessening of competition, a merger should be referred to the Competition Commission

The delegate then ceded the floor to his colleague from the CC, who presented the second phase of merger analysis. The law establishes that in the finding of a substantial lessening of competition, there is a legal requirement to define the relevant market. Consequently, there is no such obligation if there is no substantial lessening of competition. Moreover, the procedure for definition is not explicitly elaborated in the law. In practice, the relevant market is not defined until the competitive effects are taken into account and may ultimately not even be defined at all when there is no substantial lessening of competition. In the case of *Thomas Cook-Midland's Co-operative*, for example, the analysis began with market definition, indicating very high market shares. When margins were taken into account, however, it became clear that there was no serious upward pressure on prices as a consequence of the merger. In other words, the use of alternative tools may lead to the conclusion that there is no substantial lessening of competition, even if it seemed that there is on the basis of traditional market definition. The delegate underlined that, as shown by this case, the use of new techniques has led to the finding of substantially lessened competition in fewer cases, which can be partially explained by the use of a greater variety of techniques to assess the potential effects of mergers.

The Chair then asked the United States to present their view on the new techniques.

The delegate from the United States speaking on behalf of the Federal Trade Commission (FTC) stressed that substantial progress has been made in antitrust during the last forty-five years. The Horizontal Merger Guidelines, which were revised in 2010, indicate that market definition is neither an end in itself

nor a necessary starting point in the analysis, but a tool to assess the potential competitive effects of a merger. More precise evidence can be used when available, as market definition is only one sometimes imperfect, method amongst many of estimating market power. In light of this, the revised Guidelines allow for a sort of fact-specific process in which a variety of tools for analysing the evidence can be applied rather than just a single methodology. These revised Guidelines thereby move away from the step-by-step analysis established in the 1992 version, which was perceived by some judges as very rigid. In the view of the delegate, this inflexible procedure is unnecessary. The new approach not only more closely reflects the actual analysis of mergers conducted by antitrust authorities, but also provides a more accurate assessment of whether a merger lessens competition substantially.

The delegate underlined that an important development in the revised Guidelines is the recognition that direct evidence can be used in the assessment. Direct evidence, which refers to the likely competitive effects of a transaction and is not based on inferences from market concentration alone, can include business documents such as projections in acquiring companies pre-merger or the estimated impact that the merger will have on prices. Since direct evidence can be more useful and persuasive with American judges than quantitative evidence (such as concentration ratios), both types of evidence may need to be considered if the authority wants both, to understand the market and win the case. In this respect, the delegate pointed to the *Whole Foods Market* case as a cautionary tale regarding the risk of exclusive reliance on any type of evidence for market definition and a reminder of the power of firms' own documents in forecasting likely effects. In this particular case, the merging firms held very small market shares but they had disclosed a number of documents identifying one another as uniquely close competitors and predicting less competition and higher prices as a result of the merger. The FTC relied heavily on econometrics rather than these documents in the trial and, although data also indicated anticompetitive effects, it was less compelling. As a result, the FTC was unsuccessful in the district court, yet eventually won the case following an appeal based on different legal grounds.

The US delegate representing the Department of Justice (DoJ) underlined that new instruments (e.g. diversion ratios, a combination of diversion ratios and margins) are not an alternative to market definition but rather serve as a potential supplement to the evidence surrounding market shares or the relevant market. Regarding the revised Guidelines, the delegate underlined three main aspects. First, market definition is not necessarily the starting point in merger analysis. Second, evidence about the likely effects of a merger can inform the definition of the relevant market. Third, the addition of distant substitutes reduces the informative potential of concentration measures. For example, in the case of *Whole Foods Market*, direct evidence and data about closeness of competition or diversion ratios suggested more adverse effects on competition than those to be expected on the basis of market shares in a broadly defined market. The delegate noted, however, that in line with the experience of the United Kingdom, the use of new tools and direct evidence does not always lead to increased enforcement, as the *ESI-Medco* case illustrates. The delegate further commented that using alternative tools may create difficulties, but applying the hypothetical monopolist test is also a complex task. Alternative tools, even when they cannot be applied precisely, can still provide a coherent conceptual framework for considering effects; diversion ratios and profit margins are very important and useful.

The Chair followed up by asking the delegate from the United States and Judge Wahl the extent to which the courts would consider business statements, such as "I'm doing this because I want to eliminate the prospect of competition forever" found in the *Whole Foods Market*, as an important piece of evidence.

The delegate from the United States (FTC) explained that, although this type of evidence has limitations and at times may need to be discounted, it may also be useful as it may help to supplement the understanding of market power and explain the case to generalist judges.

Judge Wahl agreed that business statements are extensively used, and while they may not always have an impact on the decision, they lighten the burden in proving a particular case in the courts. In Judge Wahl's view, the judiciary does not require the market to be defined in all Article 101 TFEU cases (anticompetitive agreements and cartels) on the basis of this additional evidence.

The delegate from the United States (DoJ) clarified that the revised merger guidelines provide a list of types of evidence that, to the extent that they are reasonably available and reliable, could be used to define a market and to assess competitive effects. However, the delegate noted that to date no US court decision has yet indicated that a merger can be found to violate the antitrust laws without a definition of the relevant market in which the required substantial lessening of competition would likely occur.

The Chair noted that BIAC had submitted a critical report on the adoption of new techniques that suggests that (i) the risk of more problematic mergers may increase due to methodological flaws and, (ii) that the use of new tools as a screening device in early stages of merger review, without the benefit of traditional market definition, may expose non-problematic mergers to unnecessary scrutiny, which in turn would impose a superfluous evidentiary burden on merging parties, ultimately chilling efficiency-enhancing merger activity.

The delegate from BIAC started her intervention by clarifying that concerns about new instruments are related to costs, the predictability of using these tools at an early stage and the effects on international transactions, rather than the impact on the number of mergers blocked. The delegate suggested that competition authorities should continue to use market definition as a fundamental framework for evaluating competitive effects, whilst new tools should have a secondary supporting role where appropriate. BIAC acknowledged the limitations of market shares and concentration measures when used alone, particularly under certain circumstances, and considered that within this context competition law should be open to new instruments. Also, the publication of guidelines that reflect the procedures followed by competition authorities is welcomed. However, the delegate noted that some concerns have been raised regarding the new techniques. New instruments rely heavily on the use of data, which may entail some difficulties. For instance, there is not a clear approach regarding the choice of indicators of profit margins, so margin data can be information-intensive, inconsistent and unpredictable. Similarly, diversion ratios based on consumer surveys may be inaccurate. In addition, if new instruments are employed at an early stage, unproblematic mergers can be subjected to unnecessary scrutiny. Also, these instruments make critical assumptions about demand effects that can affect the conclusions of the analysis. Furthermore, new instruments omit supply-side dynamics on entry, expansion and re-positioning that are very important and can only be assessed in the context of any given market.

BIAC pointed out that new tools might be inconsistent with the standards for legal review and that consistent use of the same type of evidence is very valuable for businesses. The delegate from BIAC highlighted that respecting market definition is key in ensuring that the analytical framework is in line with current international consensus on best practices, as reflected in the work of the International Competition Network (ICN). It is also crucial in order to reduce the costs for businesses when an increasing number of jurisdictions are becoming active in merger control. In addition, a consistent starting point of analysis facilitates convergence among the growing number of competition authorities as well as international co-operation. The delegate concluded that preference to ensure that market definition remains at the forefront of merger analysis is based on its ability to provide more predictable outcomes and greater legal certainty as well as to mitigate unnecessarily excessive costs and complexity for businesses considering these important transactions.

The Chair followed up by asking whether BIAC's concern would be adequately addressed if all countries were to move to UPP and abandon market definition.

The delegate from BIAC explained that a simultaneous adoption of new tools would not dissipate all concerns, as there would still be limitations related to methodological issues on margins and diversion ratios as well as the assumptions underlying the demand function.

The Chair then introduced the contribution of Norway, where the competition authority collaborates with a university to develop expertise in new techniques, and invited the delegate to describe this initiative briefly.

The delegate explained that Norway has considered the experience of the United Kingdom and highlighted that the new tools have been regarded as very useful and are consequently applied in practice. For example, the application of diversion ratios has yielded results that were unexpected at the beginning of the investigation. More competencies and research are needed to apply new instruments appropriately. For example, questions may be inadequate as highlighted by behavioural economics, and some knowledge about the market is needed before the assessment. The delegate from Norway invited the delegate from the United States to clarify how direct evidence can be obtained and gave the floor to his colleague to describe the efforts in increasing the understanding of new instruments. The Norwegian competition authority cooperates with the Norwegian School of Economics with a view to develop the expertise necessary to apply new tools appropriately. This initiative involves promoting research, testing the methodology and conducting a post-evaluation of mergers. In addition, a group has been created within the competition authority with the aim of being a resource for case handlers and spreading knowledge regarding these new methods. Since expertise is built through learning by doing and new instruments have been introduced only recently, the expertise regarding new instruments is not yet at an advanced stage. Efforts are still focused on designing appropriate questionnaires and drawing from international expertise as well as on cooperating with the university.

In response to a request for clarification on the issue of direct evidence, the delegate from the United States (FTC) indicated that there is a legal requirement for firms above a certain threshold to file relevant documentation with antitrust authorities. Also, the authorities can obtain additional documents using subpoena in the course of investigations. The delegate also noted that this evidence might not be in line with other market evidence, referring to a case where compromising affirmations proved to be unfounded.

The delegate from France requested the floor in order to respond to the point made by the delegate from BIAC. The UPP method neither requires more information nor entails more complexity than the application of a real SSNIP test. Indeed, using the SSNIP test to define the market, particularly when performing an economic analysis, entails higher costs for parties than carrying out a simple UPP test for a screening. Therefore, the question does not pertain to the abandonment of market definition but rather to supplementing it with new tools to evaluate mergers more effectively from the first phase of analysis. The delegate referred to a case where considering available data on diversion ratios would have allowed the merger in phase one and, thereby, avoided four or five months of investigation and considerable legal fees for the parties. The delegate disagreed that new instruments decrease legal certainty and argued that an incorrect market definition increases uncertainty. The delegate concluded that improving the methods applied increases legal certainty for firms.

In response to the comment on legal certainty, the Chair noted that the German contribution indicates that legal certainty is lower with the new instruments and asked the delegate to elaborate on this further.

The delegate from Germany raised two points about legal certainty. First, the economic analysis does not decrease legal certainty, but more consideration should be given to integrating it properly and effectively in the legal process. The German competition authority has noted in many occasions that it has used new tools and, to this end, a team of economists has been created. The delegate agreed with BIAC that new instruments may entail higher administrative costs. Second, judges and lawyers need to be taken

into consideration, as the final result is a legal decision. There are some differences between legal and economic principles and methodologies. Judges and lawyers require an assessment pattern to examine legal elements and to fulfil a certain legal standard of proof. As an illustration, a judge of the Supreme Court stated that if there is still an ongoing debate among economists about the most appropriate method, then it is difficult to consider that the legal standard of proof has been met. The delegate concluded underlining the need to fulfil certain requirements of the legal process and indicated that the German competition authority is open to assess in detail the strengths and weaknesses of new tools and promote their integration into the analysis of a given case where appropriate.

Next, the Chair turned to Sweden as it had requested the floor.

The delegate from Sweden indicated that alternative methods, in particular the UPP and IPR, have recently been used to directly assess the effects of a merger. These alternative methods are considered efficient and transparent by the parties, and are relatively simpler to use than merger simulation. In contrast, drawing the boundaries of the market can be difficult, as illustrated by the recent merger case of *Eniro-Teleinfo*. The UPP method has been used in both phase one and phase two cases alongside market definition. Therefore, market definition has not been abandoned, it still remains throughout the process of understanding the market, but simultaneously alternative methods are embraced in order to improve robustness of results. The delegate concluded by stressing that the use of alternative methods is not only unproblematic, but is actually considered as necessary.

5. Final remarks

The Chair invited panellists to make a final comment before concluding the discussion.

Mr Padilla agreed that new tools are very useful and need to be considered, but pointed out that they also require further refinement as well as improvement in terms of their practical meaning. Mr Padilla also expressed concern about the ways in which new tools have been used in certain jurisdictions, where diversion ratios were calculated on the basis of doubtful evidence, and highlighted the importance of applying new tools correctly.

Professor Schwalbe stressed that new tools have been designed for very specific markets and situations and that for many markets, for example those characterised by homogeneous products and quantity competition, market shares and traditional concepts such as the level and the increase in the Herfindahl-Hirschman Index are still the best indicator of the competitive effects of a merger. As such, the new tools may produce unreliable and possibly even wrong results when applied to cases they were not designed for.

Judge Wahl explained that since it has taken fifty years for the judiciary to adopt and accept market definition, it may be difficult to convince the judiciary to embrace new tools in the short-term.

The Chair closed the roundtable concluding that there is broad agreement that new tools can complement market definition in particular cases and with appropriate safeguards. The Chair invited delegates to consider the Norwegian experience of establishing a dialogue with academia to develop new methodology as an example of exploring some of these difficulties and possible solutions in more depth. The Chair reminded delegates that contributions provide a wide spectrum of views as they focus on different issues. They also include ample explanations for each of the topics discussed, and allow to identify the limits of new tools and areas where progress can be made. In terms of consumer surveys, which have been mentioned, but not discussed extensively, the Chair emphasised the importance of careful design and caution in administering the surveys and in relying on their results.

COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

Par le Secrétariat

1. Introduction générale à la définition du marché pertinent

Le Président, M. Frédéric Jenny, ouvre la table ronde sur la définition du marché pertinent en souhaitant la bienvenue aux délégués et en les remerciant pour les contributions riches et variées adressées au Secrétariat. Le Président présente ensuite les trois spécialistes participant à la table ronde : MM. Ulrich Schwalbe, professeur d'économie et président de l'université de Hohenheim ; Jorge Padilla, consultant pour l'Europe, Compass Lexecon ; et Nils Wahl, juge au Tribunal et bientôt avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne.

Le Président expose ensuite les trois thèmes secondaires qui seront traités au cours de la table ronde : premièrement, les préalables institutionnels et les limites de la définition du marché, qui concernent surtout l'interface entre les normes juridiques et l'approche économique, les obligations légales de définition du marché et les différences entre les autorités de la concurrence et les tribunaux, tant au sein des différents pays que d'un pays à l'autre ; deuxièmement, les difficultés ou ambiguïtés associées aux instruments habituellement utilisés pour définir le marché pertinent ; et troisièmement, la capacité des nouveaux instruments économiques à remplacer ou compléter la définition du marché. Le Président indique également que les participants à la table ronde gagneraient à prendre connaissance des contributions très complètes des délégations du Royaume-Uni et des États-Unis. Le Président donne ensuite la parole à M. Schwalbe et à M. Frank Maier-Rigaud, auteurs de la note de référence du Secrétariat, afin que ceux-ci présentent une introduction générale des principales questions entourant la définition du marché.

M. Schwalbe explique que la définition du marché est l'un des outils d'analyse les plus utiles qui soient pour étudier et évaluer les problèmes de concurrence. Premièrement, elle permet d'apprécier l'existence, la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché, qui peut se définir comme la capacité qu'a une entreprise de maintenir les prix au-dessus du niveau concurrentiel pendant une longue période. Deuxièmement, cette définition permet de calculer et d'attribuer les parts de marché, ce qui fournit une indication utile du pouvoir de marché. Par exemple, dans le cadre du contrôle des fusions, le niveau et l'évolution des parts de marché sont utilisés comme premier filtre pour repérer les fusions susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Troisièmement, elle permet d'identifier les concurrents, ce qui est particulièrement utile pour évaluer la portée possible des effets coordonnés des fusions. Enfin, la définition du marché délimite la zone de concurrence, et constitue à ce titre une étape essentielle de l'évaluation des barrières à l'entrée.

M. Schwalbe explique que le marché pertinent doit être défini de manière à prendre en compte le mieux possible les contraintes concurrentielles à laquelle une entreprise est confrontée. Comme ces contraintes proviennent surtout de la substitution du côté de la demande et de l'offre, les parts de marché apportent la meilleure indication qui soit du pouvoir de marché. Du point de vue économique, le test du monopoleur hypothétique, (TMH, encore appelé SSNIP) s'est avéré la méthode la plus convaincante de délimitation du marché pertinent. Le marché défini à l'aide de ce test inclut tous les produits et régions géographiques pour lesquels un monopoleur hypothétique, en maximisant ses profits, pourrait imposer une augmentation légère mais significative et non provisoire de ses prix. Le test TMH/ SSNIP peut être mis en œuvre dans la pratique par diverses méthodes, souvent fondées sur des données quantitatives. Cependant,

même en l'absence d'accès à des données quantitatives, ce test fournit un cadre conceptuel très cohérent pour la délimitation du marché pertinent.

Sur plusieurs types de marchés, les parts de marché ne donnent pas forcément une indication fiable du pouvoir de marché. Premièrement, pour ce qui est de la différenciation du produit ou de la zone géographique, la proximité de la concurrence et la substitution entre produits sont d'une plus grande utilité pour évaluer les incidences d'une fusion sur la concurrence. De même, sur les marchés de soumissions ou d'enchères, la proximité des concurrents donne une idée plus précise des effets possibles d'une fusion. Troisièmement, la définition du marché se révèle également complexe sur les marchés bifaces, où des plateformes desservent des groupes distincts de consommateurs entre lesquels il existe des effets de réseau indirects. Quatrièmement, lorsque le moteur de la concurrence est l'innovation plutôt que le prix ou la qualité, les contours du marché sont en général changeants et les parts de marché peuvent évoluer rapidement. Enfin, dans les évaluations rétrospectives d'affaires de position dominante, se pose souvent le problème du « sophisme de la cellophane » : une définition trop large du marché entraîne une sous-estimation du pouvoir de marché.

M. Schwalbe aborde ensuite plusieurs autres solutions mises en avant ces dernières années pour remédier précisément aux problèmes qui se posent sur les marchés précités. Les indices de pression sur les prix sont un type de nouveaux indicateurs utilisés sur les marchés de produits différenciés. Ils sont fondés sur deux facteurs principaux : le ratio de diversion et la marge bénéficiaire. Par exemple, la pression à la hausse sur les prix (*upward pricing pressure*, ou UPP) du produit X est fonction du ratio de diversion entre les produits X et Y (c'est-à-dire la part de réduction de la demande du produit X qui est reportée vers le produit Y) et de la marge bénéficiaire du produit Y. Il existe plusieurs types d'indicateurs de pression sur les prix, notamment les extensions de l'indicateur de pression à la hausse sur les prix (UPP) et de l'indicateur brut de pression à la hausse sur les prix (*gross upward price pressure index* ou GUPPI). Il est également proposé d'utiliser l'approche fondée sur les réductions compensatoires du coût marginal pour évaluer les gains d'efficacité en examinant la réduction du coût marginal qui est nécessaire pour neutraliser une éventuelle augmentation du prix après une fusion. Il faut toutefois combiner les indices de pression sur les prix avec une fonction de demande pour prédire l'ampleur de l'augmentation des prix. Cette approche est étroitement associée à des concepts comme celui de hausse des prix indicative (indicateur IPR), utilisé par l'*Office of Fair Trading* et la *Competition Commission* ainsi que par des modèles plus simples de simulation de fusion (par exemple, les modèles Antitrust Logit et PCAIDS). M. Schwalbe explique qu'il peut être difficile de prédire l'ampleur de l'augmentation des prix étant donné qu'estimer une fonction de demande nécessite des informations beaucoup plus détaillées et que les résultats des prédictions peuvent varier considérablement selon la forme de la fonction de demande utilisée. Enfin, d'aucuns ont proposé que dans les affaires d'abus de position dominante, il soit possible de sauter l'étape de la définition du marché en prenant en compte les effets directs de la pratique incriminée. S'il apparaît clairement que ce comportement entraîne des effets anticoncurrentiels, la manifestation même desdits effets établit la position dominante de l'entreprise.

Compte tenu des limites recensées, il devient nécessaire de comprendre dans quelles situations les nouveaux outils peuvent être utilisés en pratique. De fait, ces situations sont limitées et sont fonction du problème de concurrence qui se pose, des informations disponibles ou nécessaires et de leur solidité, de l'existence de preuves manifestes des effets anticoncurrentiels et du fondement juridique de l'affaire. Par exemple, les indicateurs de pression sur les prix peuvent être utiles pour le contrôle des fusions sur des marchés de produits différenciés, où la concurrence est fondée sur les prix et où les principales préoccupations concernant la concurrence sont les effets unilatéraux. Les exigences d'informations sont toutefois plus grandes qu'avec l'approche classique de la définition du marché. L'introduction de ces nouveaux instruments ne représentera pas une modification considérable de la politique de la concurrence parce que la définition du marché restera un outil très utile dans l'analyse de la situation concurrentielle.

M. Maier-Rigaud poursuit l'exposé. Il présente les aspects juridiques et institutionnels associés à l'adoption de ces nouvelles techniques. Il est ainsi essentiel, dans un premier temps, de déterminer si la définition du marché est prévue par des textes contraignants (lois, statuts, jurisprudence) ou non contraignants (avis, principes directeurs). La deuxième distinction, tout aussi importante, concerne le système de droit (*common law* ou droit civil) et le rôle des juges dans les systèmes de droit contradictoire et administratif. Le rapport entre la définition du marché et la certitude juridique revêt également une grande importance. Ce rapport comporte trois aspects distincts : la valeur de précédent de la définition du marché, la prévisibilité des nouveaux outils en cas d'écart plus élevé entre les prédictions et la multiplicité des méthodes en elle-même, susceptible de rendre plus incertain le choix de l'outil le mieux approprié et qui, lorsque plusieurs méthodes sont utilisées, peut donner lieu à des résultats contradictoires.

M. Maier-Rigaud note que s'agissant des contraintes institutionnelles, de nombreux pays ont mentionné dans leur contribution la taille, l'expérience, l'effectif ou les priorités de l'autorité de la concurrence. Une autre question, soulignée dans la contribution de l'Allemagne, concerne le fait de savoir si les nouvelles techniques limitent la capacité d'autoévaluation d'une entreprise. M. Maier-Rigaud conclut l'exposé du Secrétariat en soulevant certaines questions afin d'amorcer le débat : premièrement, le droit de la concurrence doit-il être ouvert à de nouvelles techniques, qui pourraient peut être se substituer à la définition du marché ? Deuxièmement ces nouveaux outils sont-ils assez solides et fiables pour permettre une analyse encore plus précise de la concurrence et la précision accrue justifie-t-elle vraiment d'affecter à l'utilisation de ces nouveaux instruments les ressources supplémentaires nécessaires ? La deuxième question est étroitement liée à l'évaluation *ex post*. Pour ce qui est de la première question, M. Maier-Rigaud émet l'idée que l'analyse de concurrence se trouve peut-être dans une situation analogue à celle dans laquelle elle se trouvait lorsque la définition du marché a été introduite. À l'époque, certains craignaient que la définition du marché, qui était un concept nouveau, ne soit pas comprise par les praticiens. Depuis lors, cependant, cette méthode est devenue partie intégrante de l'analyse.

2. Conditions préalables et limites institutionnelles de la définition du marché

Le Président ouvre la première partie de la table ronde, consacrée à la question de l'inscription de la définition du marché dans le droit de la concurrence en notant que dans de nombreux pays, le droit ou la jurisprudence impose de définir le marché et que dans d'autres, l'utilisation des outils classiques devant les tribunaux est malaisée. Le Président invite le juge Nils Wahl à présenter les aspects juridiques qui sous-tendent l'application de la définition du marché.

Le juge Wahl souligne que le droit de l'UE contient de nombreuses dispositions concernant certains aspects du droit de la concurrence, comme les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFEU) ou le règlement CE sur les concentrations. Aucune disposition ne fournit toutefois d'orientations spécifiques sur la procédure à suivre, l'obligation de définir le marché dans un premier temps, ou la méthode qui doit être suivie pour ce faire. Pour remédier à ce problème et clarifier son approche, la Commission européenne a publié la Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire (Journal officiel C 372 du 9.12.1997). Selon le juge Wahl, cette définition est essentiellement économique. En l'absence de règles claires, les juridictions européennes ont utilisé ce document pour établir que le marché devrait en principe être défini dans toutes les affaires de concurrence. En pratique, toutefois, le traitement varie selon le type d'affaire.

Dans les affaires d'abus de position dominante (article 102 du TFEU), le pouvoir judiciaire a établi que la définition du marché pertinent revêtait une « importance essentielle » pour l'analyse de concurrence. De ce point de vue, les possibilités de concurrence ne peuvent « être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits ». À titre d'exemple, la récente affaire *AstraZeneca* a montré l'importance de la définition du marché. La définition

du marché pertinent est également le point de départ de l'examen des affaires d'ententes et d'accords dans l'Union européenne. Cependant, comme elle n'a pas une importance cruciale dans les affaires d'abus de position dominante, le pouvoir judiciaire s'est à maintes occasions passé de la définition du marché pour établir l'existence d'une restriction de concurrence. La définition du marché pertinent demeure toutefois nécessaire pour établir l'existence d'un effet sur les échanges entre États membres. De plus, elle sert parfois à fixer le niveau des amendes, même si les tribunaux ont indiqué qu'il s'agit seulement d'un des nombreux critères à leur disposition, sachant qu'il leur est tout à fait possible de statuer sur la gravité de l'infraction en examinant d'autres facteurs. Le juge Wahl attire l'attention sur le fait que dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, lorsque les juridictions nationales se penchent avec la Cour européenne de justice sur l'interprétation du droit de l'Union européenne, la définition du marché pertinent est une obligation absolue, comme cela a été établi dans l'affaire *Viacom* en 2005.

Le juge Wahl note enfin une évolution de la nécessité de définir le marché. Dans les affaires d'abus de position dominante, la définition du marché demeure obligatoire. Dans les affaires d'ententes, l'obligation qu'a la Commission européenne de délimiter le marché pertinent a été allégée. Elle n'est ainsi pas tenue de définir le marché lorsqu'elle peut déterminer les effets anticoncurrentiels par d'autres moyens (comme cela était manifeste dans la décision rendue dans l'affaire *MasterCard*), ou pour établir les effets sur les échanges entre États membres. En ce qui concerne le calcul des amendes, les nouveaux principes directeurs semblent exiger une définition du marché mais les juridictions européennes ne l'ont pas demandée jusqu'à présent.

Le juge Wahl signale également que la différence entre les systèmes de droit administratif et contradictoire déjà mentionnés par le Secrétariat est très importante pour comprendre le droit de l'UE. Les juridictions communautaires exercent un contrôle de la légalité des décisions d'une autorité donnée. L'examen effectué est limité aux points de droit et de fait soulevés par les parties, ce qui peut entraîner, mais en apparence seulement, un manque d'harmonie dans la jurisprudence. En conséquence, la définition du marché n'est soumise qu'à un contrôle restreint ; plutôt que de mener un examen en profondeur de la délimitation du marché, les tribunaux enquêtent pour savoir dans quelle mesure la Commission a fait une erreur manifeste. Le juge Wahl conclut que la délimitation du marché pertinente effectuée par les juridictions européennes n'obéit pas toujours une approche économique et qu'elle peut souvent être simplement fondée sur les caractéristiques du produit.

Le Président demande ensuite pour quelle raison les tribunaux ont adopté, lentement mais sûrement, une approche moins formelle de la définition du marché.

Le juge Wahl précise qu'une meilleure compréhension du droit de la concurrence et le fait que l'examen est limité ont facilité l'adoption d'une approche moins formelle.

Au Mexique, les tribunaux semblent au contraire avoir privilégié une approche très formelle et il semble que les évolutions observées en Europe ne s'y soient pas encore produites. Le Président demande au délégué si cette approche formelle limite l'application du droit de la concurrence.

Le délégué du Mexique explique que comme c'est le cas dans de nombreux autres pays, la définition du marché vise à cerner et évaluer les contraintes exercées sur la concurrence afin de déterminer si certaines pratiques ou certains comportements risquent d'être préjudiciables à la concurrence et aux consommateurs. Le droit mexicain de la concurrence exige que toutes les décisions s'appuient sur une définition du marché. Le délégué note que le Mexique suit un système de droit civil dans lequel l'interprétation de la légalité par les avocats et les juges est soumise à un examen particulièrement formel dans lequel c'est la lettre, et non l'esprit, de la loi qui constitue la norme interprétative dans la plupart des affaires de concurrence. Le délégué souligne également que l'autorité mexicaine de la concurrence est soucieuse d'allier les avantages que procure la certitude juridique accrue induite par la définition du

marché aux avantages techniques des nouveaux outils, afin de mieux éclairer l'enquête de concurrence et de rendre des décisions plus précises. Le délégué reconnaît que la définition du marché apporte plus de certitude mais que cela peut entraîner par ailleurs une multiplication des faux positifs et des faux négatifs. Si les nouveaux outils peuvent améliorer les décisions d'application, leur mise en œuvre nécessite des connaissances spécialisées et une meilleure appréhension, par le pouvoir judiciaire, de la complexité de l'analyse effectuée par l'autorité de la concurrence.

Le Président observe que d'autres pays adoptent une approche formelle similaire. S'agissant de l'examen restreint de la définition du marché effectué dans l'Union européenne, le Président explique que dans d'autres pays, le contrôle exercé par les tribunaux peut être approfondi et que la définition du marché suscite parfois des débats entre les autorités de la concurrence et le pouvoir judiciaire. Le Président invite l'Australie et l'Irlande à présenter les affaires se rapportant à cette question qui sont décrites dans leurs contributions.

Le délégué de l'Australie précise que les divergences d'opinion peuvent en partie s'expliquer par le fait que l'Australie ne fonctionne pas selon un système de droit administratif. Autrement dit, l'autorité de la concurrence ne rend pas de décisions et doit par conséquent saisir les tribunaux. Pour les fusions, des procédures formelles et informelles d'autorisation facilitent l'abandon du projet ou la prise de mesures correctives et il est très rare que des affaires soient portées devant les tribunaux. Cependant, lorsque l'autorité de la concurrence estime qu'une fusion réduira la concurrence de manière significative, il est fréquent que les parties à la fusion abandonnent leur projet ou proposent des initiatives pour remédier au préjudice attendu. La récente affaire *Metcash*, dans laquelle la fusion de deux grossistes en alimentation aurait abouti à la formation d'un monopole, illustre les divergences de vues concernant la définition du marché. Au bout du compte, la question qui se posait était de savoir s'il fallait circonscrire le marché à la vente en gros de produits d'alimentation aux détaillants indépendants ou l'élargir de manière à ce qu'il englobe des chaînes de détaillants intégrés verticalement. Le prix de référence et le résultat du test SSNIP ont également été examinés et l'autorité de la concurrence a fait valoir que ce n'était pas le prix final des produits alimentaires au niveau du commerce de gros ou de détail, mais la marge bénéficiaire brute des détaillants qui comptait. Le juge a toutefois rejeté cette approche et a défini le marché de manière plus large, ce qui l'a amené à conclure que dans cette affaire particulière, il était impossible de concevoir un test SSNIP au niveau du commerce de détail. L'autorité de la concurrence a fait appel de cette décision en insistant sur le fait que si on utilise le prix de détail, le résultat du test SSNIP serait moindre, car au bout du compte, c'est la possibilité de tirer un profit qui importe. Comme les tribunaux d'appel ne sont guère empressés de réinterpréter des constatations factuelles, la fusion a eu lieu. Il arrive que les tribunaux et l'autorité de la concurrence formulent une définition identique du marché pertinent. C'est ainsi que dans l'affaire *Liquorland*, le tribunal a reconnu que le TMH est utile pour organiser les données sur le marché mais ne saurait se substituer à ces données.

Le délégué de l'Irlande estime qu'il faudrait examiner la question plus vaste concernant l'obligation de définir le marché prévue par le droit de la concurrence. En Irlande, la législation sur la concurrence prévoit qu'une fusion ne peut être bloquée que s'il est démontré qu'elle aura pour résultat « d'amoindrir substantiellement la concurrence sur les marchés de biens et services au sein du pays », sans toutefois répondre à la question de savoir la définition du marché est obligatoire. Les lignes directrices sur les fusions, actuellement en cours de révision, sont susceptibles d'aborder la question de savoir si le marché doit effectivement être défini dans chaque affaire. Le délégué constate que l'avis des parties à une fusion sur la question a évolué aux États-Unis, où la définition du marché est maintenant chose admise. Il rappelle qu'auparavant, les parties à une fusion étaient réticentes à cet égard mais qu'aujourd'hui, l'idée qu'une fusion soit bloquée en l'absence de définition du marché paraît inacceptable pour les avocats de la défense. Le délégué cite pour conclure l'exemple de l'affaire *Staples-Office Depot* pour expliquer que l'étape de l'évaluation au cours de laquelle le marché est délimité importe peu, pour autant que le marché soit défini de manière rigoureuse.

3. Identification et traitement des difficultés associées à l'application de la définition du marché

Le Président aborde ensuite la question de l'identification et du traitement des difficultés liées à l'application de la définition du marché et invite M. Padilla, à présenter, en tant que praticien, un exposé en guise d'introduction à la définition du marché dans les affaires d'abus de position dominante et de monopolisation.

M. Padilla commence son exposé en indiquant que la définition du marché joue un rôle central dans les affaires d'abus de position dominante et de monopolisation parce qu'elle facilite le repérage des contraintes concurrentielles auxquelles l'entreprise pourrait être confrontée. Tout en reconnaissant que la définition du marché peut être complexe et prêter à controverse, en particulier dans les affaires d'abus de position dominante, il fait valoir que le marché doit être défini dans tous les types d'affaires. M. Padilla précise en outre que la définition du marché doit être propre à chaque affaire et que les aspects économiques ne doivent pas jouer un rôle central dans l'analyse du marché. Il examine enfin les répercussions de ce que l'on appelle le « sophisme de la cellophane » sur le type de définition du marché qui peut être réalisé dans les affaires de monopolisation et d'abus de position dominante. Le « sophisme de la cellophane » renvoie à une situation dans laquelle les schémas de substitution observés ne fournissent aucune indication. Lorsque le pouvoir de marché est considérable, les prix sont en général plus élevés et les augmentations de prix peuvent induire une substituabilité entre des produits qui, dans les faits, ne sont pas substituables. Qui plus est, cela peut inciter à définir le marché de manière large et à conclure qu'il n'existe pas de pouvoir de marché, alors que la faiblesse apparente de ce pouvoir et le fait que le marché soit large s'expliquent en réalité par l'exploitation même de cette puissance de marché. Dans les affaires de fusion, le « sophisme de la cellophane » est jugé moins préoccupant parce que les enquêtes sur la fusion portent sur les contraintes de concurrence qui existent avant la fusion plutôt que sur les contraintes hypothétiques qui pourraient s'exercer sur un marché concurrentiel. En règle générale, les préoccupations que peut susciter le « sophisme de la cellophane » sont plutôt liées aux affaires d'abus de position dominante et de monopolisation. Du point de vue de M. Padilla, ces préoccupations sont toutefois exagérées et ce, pour deux raisons. M. Padilla fait valoir que premièrement, les affaires d'exclusion peuvent être assimilées à des fusions étant donné que la question primordiale qui se pose alors est de savoir si le comportement unilatéral est susceptible de modifier la structure du marché et de conduire à une augmentation des prix. Lorsque l'autorité de la concurrence souhaite enquêter sur l'incitation et la capacité qu'a une entreprise à recourir à des pratiques d'exclusion, elle cherche essentiellement à comprendre les contraintes de concurrence existant avant la manifestation d'un comportement abusif lorsque ce comportement se manifeste et qui peuvent empêcher l'entreprise d'augmenter les prix de manière rentable après avoir exclu ses concurrents. Par conséquent, comme les contraintes de concurrence qui existent avant la situation d'abus de position dominante (et non les contraintes qui existeraient sur un marché hypothétique dans des conditions de concurrence parfaite) présentent un intérêt pour l'analyse, le test SSNIP peut aussi bien s'appliquer avec profit aux situations d'exclusion qu'aux fusions. L'existence d'une position dominante, même si elle n'est pas déterminée directement, peut être déduite de la présence de faibles contraintes et incitations en termes de concurrence ainsi que de la capacité à augmenter les prix. Par conséquent, le test SSNIP peut être appliqué dans les affaires de pratiques d'exclusion parce qu'il apporte des informations tant sur l'existence d'une position dominante que sur la possibilité et la probabilité d'effets anticoncurrentiels. Au contraire, dans les affaires d'abus d'exploitation, le problème du « sophisme de la cellophane » peut se présenter et avoir des incidences non négligeables. Cela n'invalide pas l'application du test SSNIP mais conduit à penser qu'au lieu de tenter de délimiter clairement le marché pertinent, les autorités de la concurrence devaient plutôt chercher de bons repères à l'aide desquels il serait possible de mesurer efficacement l'abus d'exploitation.

M. Padilla reconnaît qu'aux yeux de certains, les inconvénients du « sophisme de la cellophane », dans les affaires d'abus d'exploitation et, de manière générale dans les affaires d'abus de position

dominante, invalident l'application de la définition du marché et justifient le recours à d'autres instruments comme l'analyse des prix et des caractéristiques des produits. L'analyse des prix et des niveaux de prix pâtit toutefois également du « sophisme de la cellophane ». Les caractéristiques du produit, par ailleurs, ne sont pas une solution viable parce que les préférences des consommateurs peuvent de fait établir des schémas de substitution qui contredisent ce que la fonctionnalité du produit tendrait à indiquer. Par exemple, deux produits aux fonctionnalités très différentes pourraient être considérés comme substituables du point de vue des consommateurs. De même, deux produits très semblables pourraient se trouver sur deux marchés distincts. Une autre technique proposée est l'analyse de corrélation des prix, qui est fondée sur l'idée que deux produits dont les prix évoluent simultanément pourraient appartenir au même marché étant donné que leur évolution simultanée résulte très probablement de la substitution. Comme l'analyse des niveaux de prix, l'analyse de la corrélation des prix n'est pas à l'abri du « sophisme de la cellophane ». Une entreprise détenant une puissance sur le marché peut augmenter les prix en les portant au niveau qui de fait déclenche la substituabilité avec un produit qui, si les prix étaient différents, ne serait pas considéré comme un substitut. Deuxièmement, la corrélation des prix peut être induite par des facteurs communs plutôt que par la substituabilité de la demande. Enfin, l'absence de corrélation des prix ne signifie pas forcément que les produits appartiennent à des marchés différents compte tenu du fait que la substituabilité de la demande peut être retardée. Cet effet peut cependant être pris en compte en appliquant d'autres techniques à long terme comme l'analyse de co-intégration ou de retour à la moyenne. M. Padilla répète, pour terminer, que de son point de vue, les craintes soulevées par le « sophisme de la cellophane » sont largement exagérées. En ce qui concerne les évolutions récentes, observées notamment dans de nombreuses affaires examinées par la Commission européenne, M. Padilla note que si des préoccupations persistent au sujet du « sophisme de la cellophane », il est possible de se demander, dans un premier temps, s'il existe des facteurs communs de coût et de demande entre les prix de deux produits qui sont des substituts possibles et, dans un deuxième temps, si la part résiduelle du prix témoigne d'une évolution simultanée. Cette démarche peut se révéler complexe (elle exige le calcul des résidus de régression et l'analyse de la corrélation ou de la co-intégration de ces résidus), mais représente néanmoins une solution intéressante qui a déjà été examinée dans le cadre de quelques affaires survenues récemment.

Le Président remercie M. Padilla pour son exposé et cède la parole aux autres délégués, notamment à celui du Bureau antimonopole (MOFCOM).

Les observations du délégué de la Chine concernant la définition du marché sont fondées sur une étude menée au Portugal, en Italie et en France. Le délégué note que la contribution de la Chine sur l'application de techniques poussées (test SSNIP, analyse de la perte critique, pression à la hausse sur les prix et ratios de diversion) est limitée parce que l'autorité de la concurrence existe depuis peu et que la législation sur la concurrence n'a été adoptée qu'il y a quatre ans. Le délégué explique que le marché pertinent est un élément très utile pour l'analyse mais qu'il ne doit être défini en détail que lorsque cela est nécessaire. L'utilisation de techniques perfectionnées devrait être réservée aux affaires très complexes. Le délégué propose de préciser les situations qui commandent l'utilisation de techniques poussées, complexes et longues de manière à améliorer l'efficacité des enquêtes menées par l'autorité de la concurrence. Dans le cadre de l'examen des fusions (qui consiste dans un premier temps à cerner les possibles préoccupations futures et dans un deuxième temps, à apporter des correctifs), il ne faut définir le marché pertinent que lorsque les incidences possibles sur la concurrence sont peu claires. En se fondant sur l'expérience de l'Italie, du Portugal et de la France, le délégué observe que les affaires qui ne présentent pas de risque pourraient être identifiées d'entrée de jeu et que les procédures pourraient être simplifiées. Dans les affaires soumises à une procédure simplifiée, le marché pertinent ne devrait pas susciter de préoccupations. Enfin, le délégué note que même si la pression à la hausse sur les prix est une question nouvelle et très complexe, on pourrait envisager de recourir à cet instrument dans des situations exceptionnelles.

Le Président souligne que certaines de ces questions sont également abordées dans d'autres contributions. Par exemple, dans les affaires où l'on sait pertinemment qu'il existe ou non un problème de

concurrence, on peut éviter en partie de définir le marché. Le Président note que même si de nombreuses contributions examinent les difficultés associées à la définition du marché, celle de l'Allemagne considère que cet outil a son utilité même dans les affaires complexes. Le Président demande au délégué de l'Allemagne d'en expliquer les modalités d'application dans ces affaires.

Le délégué de l'Allemagne explique que dans les affaires de fusion et d'abus de position dominante, la définition du marché pertinent est une obligation prévue par la loi. Les tribunaux, ou du moins les tribunaux d'appel, effectuent un examen complet des affaires qui peut mener à redéfinir le marché. Il est difficile de définir le marché dans certaines situations (par exemple, dans les affaires récentes de marchés de produits bifaces et différenciés décrites dans la contribution), mais toutes les contraintes concurrentielles existant à l'intérieur et à l'extérieur du marché défini sont prises en compte. En tant que telle, l'application de la définition du marché n'a pas encore posé de difficultés. Elle est également satisfaisante, même dans les affaires complexes, eu égard aux préoccupations liées à la certitude juridique.

Le Président note que la Pologne se trouve dans une situation similaire à celle de l'Allemagne dans la mesure où l'on y considère que les outils classiques sont souples et faciles à utiliser.

Le délégué de la Pologne explique que la définition du marché est considérée comme une approche utile étant donné qu'aucun problème particulièrement épineux ne s'est encore posé en Pologne et qu'il n'existe actuellement pas d'autre solution plus efficace. Les nouveaux concepts économiques peuvent être utilisés de façon complémentaire mais non comme concepts principaux. Dans des affaires récentes de marchés bifaces et de marchés de produits différenciés (affaires décrites dans la contribution), la définition du marché a été réalisée avec succès. Par exemple, le débat sur la fusion récente des deux principaux opérateurs de télévision par câble des deux plus grandes villes de Pologne portait sur la question de savoir si le marché devrait se limiter aux opérateurs de télévision par câble ou être élargi de manière à englober les prestataires de télévision payante. L'autorité de la concurrence a mené une étude détaillée qui a porté notamment sur la migration des clients de la télévision par câble, les politiques tarifaires dans les zones qui se chevauchent et les documents commerciaux stratégiques des parties. Un vaste marché de fournisseurs de télévision payante a été défini, mais les concurrents étaient différenciés par leur proximité et les opérateurs par câble ont par conséquent été regroupés. L'affaire n'a pas été portée devant les tribunaux mais des mesures correctrices sévères ont été imposées aux parties à la fusion.

Le Président invite ensuite M. Schwalbe à commenter les dernières interventions, après quoi les autres délégués auront la parole.

M. Schwalbe observe qu'il n'y a aucun doute sur le fait que l'on puisse définir un marché même dans des affaires complexes, par exemple en présence de marchés bifaces ou dynamiques mais que sur ce type de marchés, les parts de marché ne sont pas forcément représentatives d'un pouvoir de marché et qu'il faudrait en conséquence recourir à d'autres outils pour mieux cerner cette puissance de marché.

Le Président indique que cette question sera débattue plus tard car d'autres contributions y sont consacrées, notamment celle de l'Union européenne. Le Président donne ensuite la parole au délégué de la Grèce, à sa demande.

Le délégué de la Grèce explique que la définition du marché pertinent est une obligation prévue par la loi dans les affaires de fusion et les affaires qui relèvent des articles 101 et 102 du TFUE. C'est pourquoi, il y a quelques années, lorsque l'autorité de la concurrence s'est abstenue d'examiner un aspect particulier d'une plainte parce qu'elle ne disposait pas des données nécessaires, le tribunal a statué qu'elle était tenue d'exercer l'autorité qui lui incombait de définir le marché pertinent pour statuer sur toute plainte concernant un abus de position dominante. L'insuffisance de données ne suffit donc pas à justifier l'absence de décision. Le délégué note également que dans les affaires d'abus de position dominante, les

entreprises faisant l'objet de l'enquête contestent souvent la décision concluant à l'exercice d'une position dominante, comme on l'a vu il y a peu dans les affaires *Nestlé* et *Tasty Foods*. Dans la deuxième affaire citée, par exemple, le débat a porté sur l'existence d'une position dominante plutôt que sur les nombreuses allégations d'atteinte à la concurrence. De plus, bien que des analyses économiques complexes et contradictoires aient été présentées dans cette affaire, la solution a été trouvée au bout du compte en répondant à une question très simple et de bon sens.

M. Padilla, qui a participé à l'examen de l'affaire *Tasty Foods*, confirme que les parties ont adopté une approche très différente de la définition du marché et que l'entreprise en cause a utilisé des techniques très perfectionnées et complexes pour établir une définition plus large du marché. M. Padilla convient qu'il faut faire preuve de bon sens et examiner des éléments de preuve simples avant de recourir à des techniques plus poussées. De fait, lorsqu'il est possible d'obtenir des indications claires par des moyens simples, il n'est pas nécessaire d'augmenter la complexité de l'analyse.

Le Président estime aussi qu'indépendamment des nouveaux instruments, il conviendrait de faire une place plus importante au bon sens et donne la parole à la Corée.

Le délégué de la Corée explique que les ratios de diversion, qui sont également utilisés dans le calcul de l'UPP, ont récemment été utilisés dans une importante affaire de fusion examinée en 2012 par l'autorité coréenne de la concurrence (KFTC) pour déterminer si deux types de supermarchés appartenaient au même marché. Le ratio de diversion peut se calculer de différentes manières mais la KFTC utilise habituellement des enquêtes auprès des consommateurs pour obtenir les informations nécessaires. Dans l'affaire précitée, on a interrogé environ 2 000 personnes afin de définir la relation entre les détaillants et le marché potentiel. Le délégué observe cependant que l'échantillon était trop restreint, de sorte que la validité statistique des résultats n'était pas assurée. On peut atténuer les biais de l'analyse en augmentant la taille de l'échantillon mais les contraintes budgétaires peuvent de fait limiter la possibilité de mener cette analyse élargie. Le délégué invite les autres participants, notamment le Royaume-Uni, qui a utilisé des ratios de diversion pour étudier une affaire similaire, à formuler des observations sur leurs expériences et les méthodes qu'ils ont utilisées pour réduire les biais qui affectent le calcul du ratio de diversion.

À la suite de cette intervention, le Président mentionne que cet aspect sera étudié plus avant dans la troisième partie de la table ronde étant donné que l'exposé du Royaume-Uni portera sur les ratios de diversion et l'UPP. Le Président passe à la contribution du Chili, dont il invite le délégué à expliquer les raisons du scepticisme manifesté à l'égard de l'approche classique de la définition du marché sur les marchés de haute technologie et plus encore, à l'égard de l'utilisation des nouvelles techniques.

Le délégué du Chili explique que ce scepticisme est dû au fait qu'il est difficile d'obtenir des données suffisantes pour appliquer ces nouvelles techniques, ce qui encourage l'utilisation de l'approche type de la définition du marché pertinente fondée sur des données quantitatives et qualitatives. La législation chilienne n'exige pas que le marché soit défini et il n'existe donc pas d'obstacles juridiques à l'application des nouvelles méthodes. Les entreprises en place et les praticiens sont de plus en plus sensibilisés à l'importance de fournir au tribunal davantage de données : au cours des trois dernières années, conformément à la décision interne de l'autorité de la concurrence, les parties ont dû présenter toutes les données utilisées à l'appui de leur argumentation. C'est cependant l'approche classique qui a été retenue jusqu'ici. Celle-ci a consisté à utiliser les données quantitatives disponibles, à examiner les parts de marché dans un contexte donné et à intégrer à l'analyse des facteurs dynamiques et prospectifs. Le délégué explique que compte tenu du fait que le Chili n'a pas beaucoup d'activités de R-D, on recense très peu d'affaires concernant des marchés de haute technologie dans lesquelles a été prise en compte l'incidence possible d'une fusion sur la capacité d'innovation des parties. Enfin, le délégué note que l'autorité des poursuites et les tribunaux ont parfois des points de vue différents sur la définition du marché.

Le Président présente la contribution d'Israël et demande à son délégué d'apporter des précisions sur l'affirmation selon laquelle le test du monopoleur hypothétique peut aboutir à des résultats différents selon le point de départ de l'analyse.

Le délégué d'Israël explique que cette affirmation est fondée sur une affaire de fusion dans le secteur de la presse écrite économique, qui avait donné lieu à un débat centré principalement sur la définition du marché. Le résultat du test SSNIP a été déterminé par le choix d'un produit spécifique comme point de départ de l'analyse. D'après ce test, deux produits qui étaient perçus comme des substituts très proches ne relevaient pas du même marché pertinent. Le résultat aurait été différent si l'examen avait eu comme point de départ l'un de ces deux produits. Par conséquent, l'identification du marché pour un produit particulier est largement tributaire du point de départ de l'analyse. Le délégué note que cette affaire illustre clairement que la définition du marché est davantage un outil économique abstrait qu'une méthode pratique. Le délégué conclut en soulignant qu'il faut toujours prendre en compte le contexte particulier d'une affaire pour déterminer si deux produits se situent ou non sur le même marché pertinent.

M. Padilla répond à l'intervention d'Israël en émettant l'avis que le marché défini aurait pu être différent si toutes les augmentations de prix possibles mises en œuvre par un monopoleur hypothétique avaient été prises en compte.

Le Président aborde la contribution de l'Union européenne et la question de la définition du marché dans les marchés de haute technologie lorsque les parts de marché sont susceptibles de changer très rapidement. Selon la contribution de l'UE, l'innovation n'invalide pas la définition classique du marché mais nécessite simplement la prise en compte de l'horizon temporel approprié. Le Président demande comment s'effectue le choix d'un horizon temporel approprié.

Le délégué de l'Union européenne estime que dans les industries innovantes, la chronologie est une question logique parce que les marchés et, partant, la définition que l'on en donne, peuvent être moins stables et fluctuer au fil du temps. Il faut en outre se demander, à chaque fois, quel horizon temporel s'applique à l'affaire traitée. En effet, en matière d'application du droit de la concurrence, on prend généralement en compte le comportement antérieur, alors que l'examen des fusions est centré sur l'avenir, ce qui le rend plus dynamique. Pour mener à bien une évaluation dynamique, il importe de comprendre à quel stade de la technologie se situe le marché. Il faut se demander si l'affaire examinée concerne une technologie nouvelle et une innovation de rupture ou une technologie mature à innovation progressive ou encore une technologie en fin de course, ne suscitant peut-être pas de dynamique concurrentielle. Des affaires récentes dans le secteur du stockage numérique démontrent qu'il importe de discerner le stade technologique pour définir le marché. Dans ces affaires, le débat portait sur la question de savoir si les disques durs mécaniques sont sur le même marché que les disques durs électroniques (SSD) qui représentent, s'agissant d'un certain nombre d'applications, la technologie de l'avenir. Au nombre des facteurs à prendre en compte figurent notamment l'écart de prix actuel, la rapidité de la convergence éventuelle des prix, ainsi que différentes caractéristiques technologiques et les exigences (actuelles et futures) des consommateurs qui s'y rapportent. En l'espèce, tout permettait de penser que les disques durs mécaniques représentent une technologie plus mature pour laquelle l'innovation est progressive et dont les parts de marché observées seront probablement plus stables. S'agissant de l'horizon temporel approprié, le délégué explique qu'il est établi au cas par cas. Vu la difficulté d'établir des prévisions, il faut un bon degré de certitude quant au fait qu'il se produira une évolution technologique réelle à court terme.

Le Président souligne que l'application du test SSNIP à des consommateurs marginaux ou à l'ensemble des consommateurs n'a pas été abordée mais renvoie aux contributions de la France, de l'Afrique du Sud et des États-Unis pour prendre connaissance de points de vue différents sur cette question. Le Président conclut la deuxième partie du débat en notant qu'une approche au cas par cas ne fournit pas une méthode d'analyse définitive.

4. L'utilisation d'autres outils d'analyse

Le Président présente la troisième partie de la table ronde en signalant qu'il apparaît déjà clairement que l'application de la définition classique du marché peut comporter des difficultés et mérite d'être remise en question, en particulier pour les marchés de haute technologie ou, dans une moindre mesure, les marchés bifaces. Le Président explique que le Royaume-Uni s'est montré désireux d'adopter de nouvelles techniques, par exemple celle de l'UPP, et invite le délégué à faire part de cette expérience.

Le délégué du Royaume-Uni confirme l'adoption de nouvelles techniques, en particulier dans les affaires de fusion. Au Royaume-Uni, l'analyse des fusions se déroule en deux étapes. L'OFT est chargé de la première étape dans le cadre de laquelle il évalue s'il existe une perspective réaliste de diminution substantielle de la concurrence. Dans l'affirmative, si les parties n'ont pas proposé d'engagements, l'OFT transmet l'affaire à la *Competition Commission* (CC). Les nouvelles lignes directrices relatives à l'examen des fusions (*Merger Assessment Guidelines*) publiées il y a deux ans font une place moindre à l'utilisation de la définition du marché mais affirment clairement que cette méthode n'est pas abandonnée. Les anciennes lignes directrices appliquaient le TMH pour obtenir la définition la plus étroite possible du marché, alors que les nouvelles envisagent de définir le marché de manière à créer un cadre utile pour l'analyse de la fusion et centrer l'analyse sur l'intensité de la concurrence. Cette nouvelle façon de faire a été motivée par le fait que le test du monopoleur hypothétique peut conduire à une description irréaliste du marché pertinent alors que les nouveaux instruments peuvent être utilisés parallèlement à la définition du marché à laquelle les acteurs du secteur pourront davantage souscrire. Même si la définition du marché demeure une étape fondamentale de l'analyse, il s'opère un passage d'une analyse fondée sur l'observation des parts de marchés vers une analyse directe des effets sur la concurrence, en particulier sur les marchés de produits différenciés pour lesquels la part de marché ne permet pas d'évaluer avec exactitude la réduction réelle ou éventuelle de la concurrence à la suite d'une fusion.

Dans ces affaires, l'autorité de la concurrence, dans le cadre de l'évaluation globale de la situation concurrentielle, peut utiliser les ratios de diversion, les marges bénéficiaires ainsi que d'autres données pertinentes pour générer des mesures quantitatives de la pression à la hausse sur les prix. Ces données ont en général été utilisées dans des affaires concernant des marchés locaux. Par exemple, l'analyse des projets de fusions dans le secteur du commerce de détail débute par la définition des zones de chalandise en tant que variables de substitution du marché géographique et consiste ensuite à utiliser les ratios de diversion et les marges bénéficiaires pour évaluer comment une fusion risque d'affecter les prix de détail. Dans un petit nombre d'affaires de fusion dans les secteurs des biens de consommation et des produits alimentaires, notamment les affaires *Unilever-Alberto Culver* et *Princes-Premier Foods*, des données directes sur les ratios de diversion et les marges ont également été utilisées pendant la première étape de l'analyse. Cependant, dans les affaires où ces techniques ont été appliquées, l'OFT n'a pas défini le marché de manière concluante. Dans d'autres affaires, l'OFT s'est peut-être borné à délimiter un marché possible étant donné qu'il n'est pas tenu de définir le marché lors de la première étape de l'analyse d'une fusion. Lorsqu'il existe une perspective réaliste de diminution substantielle de la concurrence, le dossier de fusion doit être transmis à la *Competition Commission*.

Le délégué cède ensuite la parole à son collègue de la *Competition Commission*, qui présente la deuxième étape d'une analyse de fusion. La loi prévoit l'obligation de définir le marché pertinent lorsqu'il est constaté qu'une fusion entraînera une diminution substantielle de la concurrence. Par conséquent, cette obligation ne s'applique pas tel n'est pas le cas. En outre, la législation ne décrit pas expressément la procédure suivie pour définir le marché. En pratique, le marché pertinent n'est pas défini tant que les effets sur la concurrence ne sont pas pris en compte et parfois, n'est pas défini du tout en l'absence de réduction substantielle de la concurrence. Dans l'affaire *Thomas Cook-Midland's Co-operative*, par exemple, l'analyse a débuté par une définition du marché qui a montré que l'entreprise disposait de parts de marché considérables. Cependant, lorsque les marges ont été prises en compte, il est apparu clairement que la

fusion n'entraînerait pas de forte pression à la hausse sur les prix. Autrement dit, l'utilisation d'autres outils peut mener à la conclusion qu'il n'y a pas de diminution substantielle de la concurrence même si la définition du marché selon la méthode classique donne à penser le contraire. Le délégué souligne que, comme le montre cette affaire, l'utilisation de nouvelles techniques a abouti à la constatation d'une diminution substantielle de la concurrence dans un moins grand nombre d'affaires, ce qui s'explique en partie par le recours à une plus grande diversité de techniques pour évaluer les effets possibles des fusions.

Le Président demande ensuite aux États-Unis de présenter leur point de vue sur les nouvelles techniques.

Le délégué des États-Unis, qui s'exprime au nom de la *Federal Trade Commission* (FTC), souligne que ces quarante-cinq dernières années, des progrès considérables ont été accomplis dans le domaine de la réglementation de la concurrence. Les lignes directrices sur les fusions horizontales (*Horizontal Merger Guidelines*), qui ont été révisées en 2010, indiquent que la définition du marché n'est ni une fin en soi ni le point de départ obligatoire de l'analyse, mais un outil servant à évaluer les incidences possibles d'une fusion sur la concurrence. Des données plus précises peuvent être utilisées lorsqu'elles sont accessibles étant donné que la définition du marché, si imparfaite qu'elle soit, n'est qu'une des nombreuses méthodes qui permettent d'évaluer la puissance sur le marché. Les lignes directrices révisées permettent donc de mener un processus fondé sur les faits dans lequel une grande diversité d'outils, plutôt qu'une seule méthode, peuvent être utilisés pour analyser les données. Ces nouvelles lignes directrices se démarquent donc de l'analyse étape par étape décrite dans la version de 1992, que certains juges considéraient comme très rigide. Selon le délégué, une procédure aussi stricte est inutile. La nouvelle approche prend mieux en compte l'analyse concrète des fusions menée par les autorités de la concurrence, mais permet aussi d'évaluer plus précisément si une fusion entraîne une diminution substantielle de la concurrence.

Le délégué souligne que les lignes directrices révisées témoignent d'une évolution considérable puisqu'elles reconnaissent que des données directes peuvent être utilisées lors de l'évaluation. Les données directes, qui désignent les effets vraisemblables d'une transaction sur la concurrence et ne sont pas fondées sur des déductions faites à partir de la seule concentration du marché, peuvent comprendre des documents commerciaux, par exemple des prévisions faites avant la fusion dans les entreprises acquéreuses ou l'évaluation de l'incidence de la fusion sur les prix. Comme les données directes peuvent être plus utiles et convaincantes pour les juges américains que les données quantitatives (par exemple, les ratios de concentration), il peut s'avérer nécessaire de préparer ces deux types de données si l'autorité souhaite à la fois comprendre le marché et obtenir gain de cause. À cet égard, le délégué attire l'attention sur l'affaire *Whole Foods Market* pour mettre en garde contre le risque de se fier exclusivement à un certain type de données pour définir le marché et rappeler que les documents de l'entreprise elle-même peuvent permettre de prévoir les effets probables d'une fusion. Dans cette affaire, les entreprises détenaient en l'occurrence une très faible part du marché mais avaient divulgué de nombreux documents dans lesquelles elles se définissaient mutuellement comme de très proches concurrentes et prévoyaient que la fusion entraînerait une diminution de la concurrence et une augmentation des prix. Lors du procès, la FTC s'est largement fondée sur des données économétriques plutôt que sur ces documents. Les données de la FTC faisaient également état de la présence d'effets anticoncurrentiels, mais elles étaient moins concluantes à cet égard. La FTC a donc perdu devant le tribunal de district mais a gagné en appel en s'appuyant sur d'autres fondements juridiques.

Le délégué américain qui représente le ministère de la Justice souligne que les nouveaux outils (par exemple, les ratios de diversion, la combinaison des ratios de diversion et des marges) ne visent pas à remplacer la définition du marché mais peuvent plutôt servir à compléter les données concernant les parts de marché ou le marché pertinent. En ce qui concerne les lignes directrices révisées, le délégué souligne trois aspects principaux. Premièrement, la définition du marché n'est pas forcément le point de départ d'une analyse de fusion. Deuxièmement, les données concernant les effets probables d'une fusion peuvent

éclairer la définition du marché pertinent. Troisièmement, l'ajout de substituts éloignés réduit la capacité informative des mesures de la concentration. Par exemple, dans l'affaire *Whole Foods Market*, les données directes sur la proximité de la concurrence ou les ratios de diversion laissaient entrevoir davantage d'effets nocifs sur la concurrence que ce à quoi on aurait pu s'attendre en se basant sur les parts de marché sur un marché défini de manière large. Le délégué note toutefois que, comme l'a expérimenté Royaume-Uni, l'utilisation de nouveaux outils et de données directes ne se traduit pas toujours par une mise en œuvre plus étendue, ce qu'illustre l'affaire *ESI-Medco*. Le délégué ajoute que l'utilisation d'outils différents peut créer des difficultés mais que l'application du test du monopoleur hypothétique est également une tâche complexe. Même lorsqu'ils ne peuvent pas être utilisés avec précision, d'autres outils peuvent néanmoins apporter un cadre conceptuel cohérent pour l'étude des effets sur la concurrence ; les ratios de diversion et les marges bénéficiaires sont très importants et utiles.

Le Président demande ensuite au délégué des États-Unis et au juge Wahl dans quelle mesure les tribunaux considéreraient comme des éléments de preuve importants des déclarations du type « j'agis ainsi parce que je veux éliminer définitivement la concurrence », qu'avaient faites des entreprises dans l'affaire *Whole Foods Market*, par exemple.

Le délégué des États-Unis (FTC) explique que bien que ce type de preuve ait ses limites et doive parfois être écarté, il peut aussi se révéler utile parce qu'il peut contribuer à mieux comprendre le pouvoir de marché et à expliquer l'affaire aux juges généralistes.

Le juge Wahl convient que les déclarations des entreprises sont largement utilisées et que si elles n'influent pas toujours sur la décision, elles allègent la charge que représente l'établissement de la preuve devant les tribunaux dans une affaire donnée. Selon le juge Wahl, le pouvoir judiciaire ne demande pas de définition du marché sur la base de ces éléments de preuve supplémentaires dans toutes les affaires relevant de l'article 101 du TFUE (accords anticoncurrentiels et ententes).

Le délégué des États-Unis (ministère de la Justice) précise que les lignes directrices révisées fournissent une liste des catégories de preuves qui, dans la mesure où elles sont raisonnablement disponibles et fiables, pourraient être utilisées pour définir un marché et évaluer les effets anticoncurrentiels. Le délégué note cependant que jusqu'à présent, aucun tribunal américain n'a indiqué dans une décision qu'une fusion peut être réputée porter atteinte au droit de la concurrence sans qu'ait été défini le marché pertinent sur lequel la diminution substantielle de la concurrence à démontrer est susceptible de se produire.

Le Président note que le BIAC a présenté un rapport très préoccupant sur l'adoption de nouvelles techniques qui semble indiquer que (i) le risque d'augmentation des fusions plus problématiques pourrait s'aggraver en raison de lacunes méthodologiques et que (ii) l'utilisation de nouveaux outils comme filtres aux premières étapes de l'examen d'une fusion sans bénéficier des avantages d'une définition classique du marché risque d'exposer des fusions ne posant pas de problème à une surveillance inutile et de faire peser de ce fait une charge superflue aux parties à la fusion qui devront fournir des preuves et, au bout du compte, de bloquer des projets de fusion qui se seraient traduits par des gains d'efficacité.

La déléguée du BIAC commence son intervention en précisant que les craintes suscitées par les nouveaux instruments sont liées à leur coût, à leur prévisibilité s'ils sont utilisés au début d'un processus et à leurs effets sur les opérations internationales et non à leur impact sur le nombre de fusions bloquées. La déléguée estime que les autorités de la concurrence doivent continuer d'utiliser la définition du marché comme dispositif de base pour évaluer les effets sur la concurrence et réserver aux nouveaux outils un rôle d'appui secondaire le cas échéant. La déléguée reconnaît les limites des mesures des parts de marché et de la concentration lorsqu'elles sont utilisées isolément, en particulier dans certaines situations, et estime que dans ce contexte, le droit de la concurrence devrait s'ouvrir aux nouveaux instruments. Elle se félicite aussi

de la publication de nouvelles lignes directrices qui correspondent aux procédures suivies par les autorités de la concurrence. La déléguée note cependant que certaines craintes ont été exprimées en ce qui concerne les nouvelles techniques. Les nouveaux instruments exigent l'utilisation de nombreuses données, ce qui peut soulever certaines difficultés. Par exemple, il n'y a pas d'approche clairement établie quant au choix des indicateurs de marge bénéficiaire, de sorte que les informations sur la marge sont souvent surabondantes, incohérentes et imprévisibles. De même, les ratios de diversion obtenus à partir d'enquêtes auprès des consommateurs peuvent être inexacts. Par ailleurs, lorsque les nouveaux instruments sont utilisés à une étape précoce, des fusions n'entraînant pas d'effets dommageables risquent de faire l'objet d'un examen inutile. De plus, ces instruments s'accompagnent, au sujet des effets sur la demande, d'hypothèses déterminantes qui peuvent affecter les conclusions de l'analyse. Enfin, les nouveaux instruments ne tiennent pas compte de la dynamique de l'offre eu égard à l'entrée, à l'expansion et au repositionnement, qui est très importante et ne peut être évaluée que dans le cadre d'un marché particulier.

La déléguée du BIAC souligne que les nouveaux outils peuvent être incompatibles avec les normes de contrôle juridique et que l'utilisation systématique de données de même type revêt une grande importance pour les entreprises. La déléguée insiste sur le fait qu'il est essentiel de respecter la définition du marché pour s'assurer que le cadre d'analyse soit aligné sur le consensus international actuel concernant les pratiques optimales, dont font état les travaux du Réseau international de la concurrence (RIC). La définition du marché est également cruciale pour réduire les coûts assumés par les entreprises lorsque le nombre de juridictions qui procèdent au contrôle des fusions augmente. En outre, un point de départ uniforme pour l'analyse facilite la concordance des travaux des autorités de concurrence, dont le nombre va croissant, ainsi que la coopération internationale. La déléguée conclut que la raison pour laquelle il est préférable de s'assurer que la définition du marché demeure au premier plan de l'analyse des fusions tient au fait que cette démarche permet d'apporter des résultats plus prévisibles et une plus grande certitude juridique et d'atténuer les coûts excessifs et inutiles et la complexité pour les entreprises qui envisagent de réaliser ces importantes opérations.

Le Président poursuit en demandant si les préoccupations exprimées par la déléguée du BIAC seraient atténuées si tous les pays optaient pour l'analyse de la pression à la hausse sur les prix et délaissaient la définition du marché.

La déléguée du BIAC explique que l'adoption simultanée de nouveaux outils ne dissiperait pas toutes les préoccupations car il subsisterait des limites liées aux problèmes méthodologiques posés par les marges et les ratios de diversion ainsi que par les hypothèses qui sous-tendent la fonction de demande.

Le Président présente ensuite la contribution de la Norvège, dont l'autorité de la concurrence collabore avec une université pour développer un savoir-faire relatif aux nouvelles techniques. Il invite le délégué norvégien à décrire brièvement cette initiative.

Le délégué explique que la Norvège a examiné l'expérience du Royaume-Uni. Il souligne que les nouveaux outils ont été jugés très utiles et qu'ils sont par conséquent mis en œuvre dans la pratique. Par exemple, l'application des ratios de diversion a permis d'obtenir des résultats inattendus en début d'enquête. Davantage de compétences et de recherches sont nécessaires pour appliquer correctement les nouveaux instruments. Par exemple, certaines questions peuvent être inadéquates, comme le souligne l'économie comportementale, et une connaissance du marché est nécessaire avant l'évaluation. Le délégué de la Norvège invite le délégué des États-Unis à préciser comment des preuves directes peuvent être obtenues et cède la parole à son collègue pour que celui-ci décrive les efforts qui ont été déployés pour mieux faire connaître les nouveaux instruments. L'autorité norvégienne de la concurrence coopère avec la *Norwegian School of Economics* dans le but de développer le savoir-faire nécessaire pour appliquer correctement les nouveaux outils. Cette initiative consiste notamment à promouvoir la recherche, à tester la méthodologie et à mener une évaluation *ex post* des fusions. De plus, un groupe a été créé au sein de

l'autorité de la concurrence pour seconder les rapporteurs et faire connaître ces nouvelles méthodes. L'acquisition de savoir-faire passe par l'apprentissage par la pratique et n'est donc pas encore très avancée, compte tenu du fait que les nouveaux instruments ont été introduits il y a peu. Les efforts sont encore centrés sur la conception de questionnaires appropriés et l'examen de l'expérience acquise au plan international ainsi que sur la coopération avec l'université.

En réponse à la demande de précision concernant les preuves directes, le délégué des États-Unis (FTC) indique que selon la loi, les entreprises dépassant un certain seuil doivent présenter certains documents aux autorités de la concurrence. De plus, les autorités peuvent obtenir d'autres documents par voie d'assignation pendant les enquêtes. Le délégué note également que ce type de preuves est peut-être sans rapport avec les autres éléments de preuve et cite en exemple une affaire dans laquelle des affirmations compromettantes se sont révélées sans fondement.

Le délégué de la France demande la parole pour réagir au propos de la déléguée du BIAC. La méthode fondée sur l'UPP n'exige pas plus d'informations et n'est pas plus complexe que l'application d'un test SSNIP fondée sur des données concrètes. Effectivement, l'utilisation du test SSNIP pour définir le marché, en particulier lorsque l'on effectue une analyse économique, entraîne des coûts plus élevés pour les parties qu'un simple test UPP conduit à des fins de filtrage. Par conséquent, il ne s'agit pas de délaissier la définition du marché mais de la compléter avec de nouveaux outils de manière à évaluer les fusions plus efficacement dès la première étape de l'analyse. Le délégué mentionne une affaire dans laquelle la prise en compte des données disponibles sur les ratios de diversion aurait permis d'autoriser la fusion dès la première phase et de ce fait d'éviter quatre ou cinq mois d'enquête et des frais de justice considérables pour les parties. Le délégué ne partage pas l'opinion selon laquelle les nouveaux instruments réduisent la certitude juridique et estime plutôt qu'une définition imprécise du marché augmente l'incertitude. Le délégué conclut que l'amélioration des méthodes utilisées augmente la certitude juridique pour les entreprises.

En réponse à l'observation sur la certitude juridique, le Président note que la contribution de l'Allemagne indique que la certitude juridique est moins grande lorsque l'on utilise les nouveaux instruments et demande au délégué de l'Allemagne d'apporter des précisions sur ce point.

Le délégué de l'Allemagne soulève deux points en ce qui concerne la certitude juridique. Premièrement, l'analyse économique ne diminue pas la certitude juridique mais il faudrait envisager davantage de l'intégrer correctement et efficacement au processus juridique. L'autorité allemande de la concurrence a noté qu'à de nombreuses reprises, elle a utilisé de nouveaux outils et, à cette fin, a mis sur pied une équipe d'économistes. Le délégué convient avec le BIAC que les nouveaux instruments peuvent entraîner une augmentation des coûts administratifs. Deuxièmement, les juges et les avocats doivent être pris en compte étant donné que le résultat final est une décision judiciaire. Il existe des différences entre les principes et méthodologies juridiques et économiques. Les juges et les avocats doivent disposer d'un schéma d'évaluation pour examiner les éléments juridiques et respecter une certaine norme juridique en matière de preuve. Par exemple, un juge de la Cour suprême a affirmé que, s'il existe toujours un débat entre économistes sur la méthode la plus appropriée, on peut difficilement estimer que la norme juridique en matière de preuve a été respectée. Le délégué conclut en soulignant la nécessité de satisfaire certaines exigences inhérentes au processus juridique et indique que l'autorité allemande de la concurrence est disposée à évaluer en détail les atouts et les lacunes des nouveaux instruments et à promouvoir s'il y a lieu leur intégration dans l'analyse d'une affaire donnée.

Le Président donne ensuite la parole à la Suède, à la demande de cette dernière.

Le délégué de la Suède indique que d'autres méthodes, en particulier l'analyse de la pression à la hausse sur les prix (UPP) et de la hausse des prix indicative (IPR), ont été utilisées dernièrement pour

évaluer directement les effets d'une fusion. Ces méthodes sont jugées efficaces et transparentes par les parties et sont relativement plus simples à utiliser que la simulation de fusion. Au contraire, la délimitation des frontières d'un marché peut se révéler ardue, comme on l'a vu dernièrement à l'occasion de l'affaire de la fusion *Eniro-Teleinfo*. L'UPP a été utilisée dans certaines affaires, parallèlement à la définition du marché, à la première comme à la deuxième étape. Par conséquent, la définition du marché n'a pas été abandonnée et demeure pertinente tout au long du processus de compréhension du marché mais d'autres méthodes sont utilisées en même temps pour améliorer la solidité des résultats. Le délégué conclut en soulignant que l'utilisation d'autres méthodes ne pose pas de difficultés et est de fait considérée comme nécessaire.

5. Dernières observations

Le Président invite les participants à formuler une dernière observation avant de clore le débat.

M. Padilla convient que les nouveaux outils sont très utiles et que l'on doit envisager d'y recourir mais souligne que leur aspect pratique doit être affiné et amélioré. M. Padilla se dit également préoccupé par les modes d'utilisation des nouveaux outils dans certains pays, où les ratios de diversion ont été calculés sur la base de preuves douteuses, et souligne également qu'il importe d'appliquer correctement ces outils.

M. Schwalbe insiste sur le fait que les nouveaux outils ont été conçus pour des marchés et des situations très spécifiques et que pour de nombreux marchés, par exemple ceux qui se caractérisent par l'homogénéité des produits et sur lesquels la concurrence est fondée sur la quantité, la part de marché et d'autres notions classiques comme le niveau et la progression de l'indice Herfindahl-Hirschman demeurent le meilleur indicateur des effets d'une fusion sur la concurrence. Les nouveaux outils peuvent donc entraîner des résultats peu fiables, voire erronés, lorsqu'ils sont appliqués à des affaires pour lesquelles ils n'ont pas été conçus.

Le juge Wahl explique que le pouvoir judiciaire a mis cinquante ans pour adopter et accepter la définition du marché et qu'il sera peut-être difficile de le convaincre d'utiliser les nouveaux outils à brève échéance.

Le Président clôt la table ronde en concluant qu'il existe un large consensus sur le fait que les nouveaux outils peuvent compléter la définition du marché dans certaines affaires si les précautions appropriées sont prises. Le Président invite les délégués à se pencher sur l'expérience de la Norvège, qui a établi un dialogue avec le milieu universitaire afin de mettre au point une nouvelle méthodologie, et qui apporte un exemple d'exploration poussée de certaines de ces difficultés et des solutions envisageables. Le Président rappelle aux délégués que les contributions apportent un large éventail de points de vue étant donné qu'elles s'intéressent à des questions différentes. Elles donnent également des explications approfondies sur chaque thème examiné et permettent de mettre en évidence les limites des nouveaux outils et les domaines dans lesquels des progrès peuvent être accomplis. S'agissant des enquêtes auprès des consommateurs dont il a été question, mais qui n'ont pas été examinées en détail, le Président souligne qu'il importe de les concevoir de manière rigoureuse et de faire preuve de circonspection lors de leur administration et de l'utilisation de leurs résultats.