

Économie

RLC 3526

Fusions horizontales : deux pistes d'amélioration du contrôle des concentrations

Cet article explore deux pistes d'amélioration de l'efficacité du contrôle des concentrations qui s'inscrivent dans un cadre postérieur à la mise en œuvre des opérations. La première est une adaptation du cadre réglementaire permettant de contrôler les concentrations en-dessous des seuils légaux. La seconde consiste à démocratiser la mise en œuvre d'études rétrospectives des fusions.



Par Ariane CHARPIN
Assistant Director
Deloitte Economic
Advisory

Introduction

La réforme de 2008 sur la modernisation de l'économie a attribué à l'Autorité de la concurrence (ci-après, l'Autorité) ses pouvoirs actuels en termes d'autorisation et de contrôle des concentrations – tâches autrefois réservées au ministre de l'Économie. Le contrôle est effectué *ex ante*, c'est-à-dire avant que les opérations ne soient effectuées, et est obligatoire dès lors que les chiffres d'affaires des parties franchissent des seuils légaux⁽¹⁾. Dans des délais contraints et avec des informations souvent incomplètes, l'Autorité doit évaluer l'impact

sur la concurrence d'opérations spécifiques. Ces évaluations *ex ante* impliquent nécessairement de baser la prise de décision sur des prévisions par nature incertaines.

L'Autorité, qui décide d'interdire ou d'autoriser une fusion, potentiellement sous certaines conditions, prend le risque de commettre des erreurs. Ces erreurs sont de deux types. Le premier type d'erreur, appelé erreur de type 1, consiste à interdire une concentration qui ne présentait en réalité pas de risque anticoncurrentiel. Le second type d'erreur, appelé erreur de type 2, consiste, au contraire, à autoriser une concentration qui aurait nuit aux consommateurs.

Le contrôle des concentrations tente de trouver le « bon » équilibre entre ces deux types d'erreurs⁽²⁾. Si l'Autorité privilégie la réalisation des erreurs de type 1, elle risque d'exercer un contrôle excessif, ce qui peut



Et Élise POUILLE
Deloitte Economic
Advisory

(1) « Les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence si le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros et l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission européenne (on dit usuellement qu'elle n'est pas de « dimension communautaire ») ». Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations.

(2) Il existe un débat sur le caractère trop laxiste ou trop strict de la politique de la concurrence. V., par ex., Baker, J.B. et C. Shapiro (2008). Where the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust, Chapter Reinventing Horizontal Merger Enforcement, pp. 235-291. Oxford University Press. Crandall, R. W. et W. Clifford (2003). Does An-

décourager certaines entreprises de se lancer dans des opérations de concentration potentiellement bénéfiques pour les consommateurs. Si elle privilégie le second type d'erreur, elle risque d'exercer un contrôle trop laxiste, également au détriment des consommateurs.

Cet article explore deux pistes d'amélioration de l'efficacité du contrôle des concentrations qui s'inscrivent dans un cadre *ex post*, c'est-à-dire postérieur à la réalisation des opérations. La première est une adaptation du cadre réglementaire permettant de contrôler les concentrations en dessous des seuils légaux. Elle est actuellement envisagée par l'Autorité de la concurrence sous la forme d'un contrôle *ex post* ciblé de certaines opérations de concentration. La seconde consiste à démocratiser la mise en œuvre d'études rétrospectives des fusions. Ces études pourraient aider les autorités de concurrence à identifier les failles dans leurs analyses *ex ante* et à améliorer leurs décisions.

Adaptation du cadre réglementaire dans lequel s'exerce le contrôle des concentrations

Pourquoi adapter le cadre réglementaire du contrôle des concentrations ?

Dix ans après la réforme de 2008, l'Autorité a souhaité évaluer l'exercice de son pouvoir de contrôle des concentrations afin, notamment, d'identifier précisément les failles dans le contrôle. Pour cela, elle a lancé une consultation publique d'octobre 2017 à juin 2018. À l'issue de cette consultation, dans un communiqué de presse daté du 7 juin 2018 portant sur la modernisation et la simplification du contrôle des concentrations, l'Autorité a constaté que le cadre légal des seuils de chiffre d'affaires induit un certain nombre d'erreurs de type 2 : une quantité non négligeable de concentrations réalisées par des entreprises en dessous des seuils de contrôle engendrerait, dans les faits, des problèmes de concurrence qu'il conviendrait d'adresser.

Les entreprises du numérique et de la high-tech, par exemple, génèrent parfois peu, voire pas, de chiffre d'affaires malgré leur taille et leur valorisation gigantesques et échappent ainsi à tout contrôle en cas de concentration. On peut citer à cet égard le rachat de Whatsapp par Facebook pour 19 milliards de dollars. Autre exemple source de problèmes concurrentiels : le phénomène dit du « grignotage » où une entreprise acquiert progressivement de petites structures en dessous des seuils de notification jusqu'à atteindre une position à risque en termes de concurrence.

Face à cette défaillance potentielle du contrôle, plusieurs réactions logiques se dessinent : un abaissement des seuils

de chiffres d'affaires pour le contrôle *ex ante*, l'introduction de nouveaux filtres de contrôle plus adaptés, par exemple utilisant les valeurs de transaction des parties, ou la réalisation d'un contrôle *ex post*. Cet article se focalise sur ce troisième levier, privilégié actuellement par l'Autorité.

Quelles incitations un contrôle *ex post* des concentrations est-il susceptible de générer ?

Le contrôle *ex post* des concentrations consisterait à soumettre au contrôle des concentrations des opérations déjà effectuées et non contrôlées *ex ante*, qui laisseraient apparaître des « préoccupations substantielles de concurrence »⁽³⁾. Il viserait à répondre de manière ciblée aux cas problématiques, c'est-à-dire les concentrations pour lesquelles les risques d'erreur de type 2 sont élevés et qui ne sont pas examinées par l'Autorité dans le cadre du contrôle *ex ante*. La mise en œuvre d'un tel contrôle poserait plusieurs questions pratiques liées aux incitations qu'il générerait sur les entreprises.

Le contrôle *ex post* pourrait permettre de décourager les projets de concentrations qui échappent actuellement au contrôle des concentrations et pour lesquels les risques d'effets anticoncurrentiels sont élevés. Les coûts de démantèlement extrêmement élevés qui résulteraient du rejet *ex post* d'une fusion par l'Autorité impliqueraient en effet des pertes importantes pour les parties qui seraient incitées à renoncer d'elles-mêmes à lancer le projet.

En outre, le contrôle *a posteriori*, par le même mécanisme de coûts élevés en cas de démantèlement, permettrait, après fusion, de responsabiliser les entreprises et de réduire l'aléa moral. Le risque structurel de démantèlement que ferait peser le contrôle *ex post* serait susceptible d'avoir un caractère dissuasif bien plus important sur les entreprises que le risque potentiel de sanction suite à un abus de position dominante dans la mesure où un démantèlement impacterait directement la structure future des entreprises. Les parties auraient donc moins intérêt à s'engager dans des pratiques anticoncurrentielles, au moins pendant la période où s'exercerait le pouvoir de contrôle *ex post*.

Si le contrôle *ex post* pourrait inciter les entreprises à renoncer à des projets problématiques, il risque de s'accompagner d'effets indésirables concernant à la fois le dynamisme économique et la sécurité juridique des entreprises. L'importance des coûts engendrés en cas de démantèlement d'une opération risque de dissuader certaines entreprises d'engager des opérations de concentrations qui seraient pourtant favorables à l'économie. En outre, on s'attend à ce que le contrôle *ex post* introduise une insécurité juridique forte pour les entreprises, ce qui pourrait les dissuader de conduire des fusions bénéfiques pour les consommateurs.

itrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the evidence. Journal of Economic Perspectives 17(4), 3-26.

(3) Réforme du droit des concentrations et contrôle *ex post*, Autorité de la concurrence. Note disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/note_controle_expost.pdf.

Les incitations engendrées par la mise en œuvre d'un contrôle *ex post* par l'Autorité de la concurrence font apparaître qu'un tel type de contrôle est susceptible de diminuer le nombre d'erreurs de type 2 mais également de conduire à des erreurs de type 1. L'équilibre que l'Autorité doit trouver entre ces deux types de risque repose sur la mise en œuvre pratique d'un tel contrôle.

Quels sont les aspects pratiques clés de mise en œuvre d'un contrôle *ex post* ?

Les aspects pratiques clés de la mise en œuvre du contrôle *ex post* sont notamment les critères de déclenchement du contrôle, l'existence d'une procédure volontaire de notification et les délais de mise en place du contrôle.

Sur les critères de déclenchement du contrôle et donc les critères correspondant à des situations qui soulèvent des « préoccupations substantielles de concurrence », leur définition précise permettrait d'augmenter la visibilité des entreprises sur les possibilités d'un contrôle *ex post* et contribuerait ainsi à assurer leur sécurité juridique.

Sur l'existence d'une procédure volontaire de notification, une telle procédure, qui consisterait à permettre aux entreprises de déposer une notification en amont d'une concentration, permettrait d'évaluer en amont si des problèmes concurrentiels se posent effectivement ou non et donc de réduire les risques de type 1.

Sur les délais de mise en place du contrôle, l'avantage d'une intervention rapide serait de réduire la période d'incertitude qui pèse sur les entreprises en période de contrôle et potentiellement d'augmenter l'efficacité des éventuels remèdes structurels qui seraient ainsi mis en œuvre à un stade précoce de la concentration. Des délais courts réduiraient cependant le champ d'action de l'Autorité.

Le contrôle *ex post* des concentrations est déjà pratiqué dans plusieurs pays, que ce soit en Europe (par exemple, Hongrie, Irlande, Lituanie, Royaume-Uni ou Suède) ou dans le reste du monde, comme au Brésil, aux États-Unis, au Canada ou encore au Japon. On constate que les choix effectués par les différentes autorités de concurrence sur la mise en œuvre du contrôle *ex post* sont variés. Le tableau suivant présente les aspects pratiques de mise en œuvre de ce contrôle en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis.

Tableau 1 : Caractéristiques du contrôle *ex post* en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis

Pays	Contrôle <i>ex ante</i> obligatoire	Critères de déclenchement du contrôle <i>ex post</i>	Délai maximum de déclenchement d'un contrôle <i>ex post</i>	Notification spontanée	Fréquence de mise en œuvre pour les concentrations en dessous des seuils obligatoires
Suède	Oui : seuils légaux en chiffre d'affaires cumulé national	Chiffre d'affaire cumulé domestique inférieur à 103 M€ « Raisons particulières » précisées par l'Autorité suédoise (par exemple, phénomène de grignotage ou plaintes des concurrents ou consommateurs)	2 ans	Oui	5 fois sur les 20 dernières années (4 autorisations, 1 interdiction)
Royaume-Uni	Non	Acquisition d'actifs d'une valeur supérieure à 79 M€ Part de marché de la nouvelle entité supérieure à 25 % sur le marché britannique ou sur une part substantielle de celui-ci	4 mois	Oui	3 entre 2015 et 2018
États-Unis	Oui : seuils légaux en valeur des actifs et chiffre d'affaires de l'acquéreur et de la cible	Pas de critère	Illimité	Non	28 entre 2012 et 2016

Les expériences étrangères montrent que la combinaison de critères de seuils et d'une procédure de notification spontanée limite le nombre de cas examinés *ex post*. Le contrôle *ex post* reste exceptionnel en Suède et permet de cibler précisément des cas problématiques qui échappent au contrôle *ex ante* obligatoire. Au Royaume-Uni, les cas en dessous des seuils tout de

même analysés restent également relativement rares (3 cas au cours des trois dernières années, soit moins de 2 % des décisions). Aux États-Unis, en revanche, le recours au contrôle *ex post* semble plus fréquent – ce qui peut s'expliquer à la fois par l'augmentation des seuils légaux en 2001 et l'impossibilité pour les parties de notifier la fusion en amont.

Le contrôle *ex post* des concentrations pourrait permettre de compléter le travail de contrôle exercé *ex ante* par l'Autorité de la concurrence en ciblant ponctuellement des cas problématiques non soumis au contrôle *ex ante*. Cependant, dans la mesure où les opérations de concentration auront déjà été réalisées au moment de ce contrôle et donc que les coûts supportés par les entreprises en cas d'annulation de la concentration seraient extrêmement élevés, l'Autorité devra être très précautionneuse dans la mise en place du contrôle pour éviter de créer une insécurité juridique nuisant au dynamisme de l'économie.

Afin d'améliorer le contrôle des concentrations, une autre piste pour les autorités de concurrence serait de réaliser des études rétrospectives permettant de porter un regard critique sur les décisions prises dans le passé.

Analyses rétrospectives des opérations de concentration

L'intérêt des études rétrospectives des opérations de concentration

Le fait que le contrôle des concentrations s'exerce *ex ante* introduit des éléments d'incertitude dans les décisions des autorités de concurrence. En effet, même en collectant les preuves les plus complètes possibles et en mettant en œuvre les méthodes les plus sophistiquées, les autorités de concurrence peuvent difficilement prévoir tous les scénarios possibles. Une façon d'améliorer le contrôle des concentrations est de le soumettre à des évaluations rétrospectives visant à déterminer dans quelle mesure il parvient à remplir sa mission de contrôler les opérations dont les effets seraient anticoncurrentiels et, si ce n'est pas le cas, les raisons de son inefficacité.

Les enseignements des études rétrospectives peuvent aider à améliorer les décisions futures. Par exemple dans le secteur des hôpitaux aux États-Unis, une série d'études rétrospectives sur des fusions autorisées a révélé que certains aspects du marché étaient systématiquement mal compris par les tribunaux et les analystes. En particulier, il est apparu que les hôpitaux à but non-lucratif profitaient, tout comme les hôpitaux à but lucratif, du pouvoir de marché obtenu grâce aux fusions, et que les grands hôpitaux localisés relativement loin des parties à la fusion n'exerçaient pas de pression à la baisse sur les prix contrairement à ce que pensaient les tribunaux. Ces études ont contribué à améliorer les décisions postérieures du FTC dans le secteur des hôpitaux.

Une seconde contribution des études rétrospectives est d'informer les autorités de concurrence sur la validité des outils méthodologiques mobilisés lors des analyses *ex ante*, qu'ils soient théoriques ou quantitatifs, et sur la validité des hypothèses retenues dans les analyses. Elles peuvent mettre en évidence que certains tests écono-

miques ne sont pas appropriés pour délimiter le marché dans certains secteurs, que les hypothèses retenues pour modéliser certains aspects d'un marché n'étaient pas adaptées, ou encore établir la précision des prédictions des simulations *ex ante* des concentrations. Par exemple dans le cas des fusions entre hôpitaux aux États-Unis, les études rétrospectives ont mis en évidence que le test Elzinga-Hogarty, utilisé pour délimiter les marchés pertinents, définissait des marchés trop larges.

Le dernier aspect positif associé aux évaluations *ex post* est que ces études sont susceptibles de renforcer la responsabilité des autorités de concurrence lorsque les résultats des analyses sont rendus publics.

Quelle forme prennent ces études rétrospectives ?

Les études rétrospectives peuvent être effectuées par les autorités de concurrence elles-mêmes ou par des académiques. Elles peuvent porter sur une décision dans son ensemble (fallait-il autoriser l'opération ?) ou se focaliser sur certains aspects des décisions, tels que la validité des hypothèses retenues sur les évolutions du marché affecté par la fusion.

Elles peuvent être quantitatives, en estimant par exemple les effets d'une fusion sur les prix à l'aide de méthodes économétriques ou en simulant une fusion, et/ou qualitatives, en examinant par exemple les évolutions de la structure du marché après la fusion (entrée de nouveaux concurrents, consolidation, etc.) ou encore le repositionnement des entreprises post fusion⁽⁴⁾.

Concernant les études rétrospectives quantitatives, les études existantes se concentrent, comme les analyses *ex ante* des autorités de concurrence, principalement sur l'impact des fusions sur les prix. La méthodologie empirique la plus utilisée est la méthode des doubles différences, qui consiste à comparer les évolutions de prix entre un groupe affecté par la concentration et un groupe non affecté par la concentration, avec l'hypothèse qu'en l'absence de fusion les prix dans les deux groupes auraient suivis des tendances parallèles.

Dans une étude récente, Allain et al. (2017)⁽⁵⁾ analysent par exemple l'impact d'une fusion entre chaînes de supermarchés en France sur les prix de la nourriture. La méthode utilisée compare les changements de prix des parties à la fusion et des concurrents sur les marchés affectés, définis

(4) V. Duso, T. et P. Ormosi (2015). Workshop on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions. OECD et OECD (2016). Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions. OECD pour un résumé des méthodes mises en œuvre et des résultats.

(5) Allain, M.-L., C. Chambolle, S. Turolla, and S. B. Villas-Boas (2017). Retail Mergers and Food Prices: Evidence from France. The Journal of Industrial Economics 65(3), 469-509.

comme les marchés locaux où les deux concurrents sont présents ou alternativement les marchés locaux avec au moins une des parties, et des marchés de comparaison. Ils trouvent une hausse de prix significative à la suite de la fusion à la fois pour les parties et les concurrents. La mise en évidence de cette hausse des prix suggère que l'Autorité de la concurrence aurait dû plus intervenir dans la fusion, par exemple en exigeant des engagements supplémentaires sur les marchés locaux à risque.

Que déduire des résultats de ces études ?

La dernière étape dans les études rétrospectives des fusions consiste à formuler des conclusions qui peuvent être utiles aux autorités de concurrence. Il s'agit par exemple de déterminer les raisons pour lesquelles une autorité de concurrence n'a pas rempli sa mission. Une possibilité est qu'elle a effectué une analyse erronée en utilisant des méthodes quantitatives inappropriées, en ignorant certains aspects fondamentaux du marché, etc. Il convient d'identifier précisément les défauts de l'analyse de l'Autorité pour qu'elle progresse dans les décisions futures.

Le fait de trouver une hausse de prix après une fusion ne signifie cependant pas nécessairement que l'autorité de concurrence a commis une erreur. Une possibilité est que son choix est justifié par des effets non évalués dans l'étude rétrospective, par exemple des effets sur la qualité des produits ou sur le positionnement des magasins, qui seraient bénéfiques au consommateur⁽⁶⁾. Il se peut également que les informations sur lesquelles elle a fondé son

analyse, qui lui ont été fournies par les parties, étaient incorrectes.

Conclusion

Le contrôle des concentrations par les autorités de concurrence est un exercice complexe du fait de sa composante prédictive. L'évolution de l'économie appelle régulièrement à réfléchir aux évolutions possibles des méthodes et du cadre réglementaire du contrôle afin d'en améliorer l'efficacité. Cet article présente deux modalités d'amélioration du contrôle des concentrations reposant sur des analyses effectuées *a posteriori* des concentrations.

L'efficacité du contrôle des concentrations pourrait potentiellement être améliorée grâce à un cadre réglementaire élargi qui autoriserait l'Autorité à examiner *ex post* des cas précis de fusions problématiques. La mise en place et l'utilisation pratique d'un tel contrôle seront cependant clés dans son succès, dans la mesure où les coûts de démantèlement des fusions seraient extrêmement élevés pour les entreprises.

L'efficacité du contrôle des concentrations pourrait être améliorée également grâce à la réalisation d'analyses rétrospectives des opérations de concentration mettant en évidence les effets des concentrations réalisées et la performance des modèles et méthodes utilisés *ex ante* par les autorités de concurrence. ■

(6) V. Ormosi, P. Mariuzzo, F. and R. Havell (2015). A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations? European Commission.