



Réponse à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur le mécanisme de contrôle *ex post*

1. La présente note résume les observations de l'Institut Droit & Croissance¹ (« **Droit & Croissance** ») en réponse à la consultation publique initiée le 7 juin 2018 par l'Autorité de la concurrence (« l'**Autorité** ») en vue de moderniser le droit français des concentrations, et plus particulièrement s'agissant de la pertinence de l'introduction d'un contrôle *ex post*. L'Autorité fait le constat que certaines opérations de concentration ne dépassent pas les seuils de notification et échappent donc au contrôle alors qu'elles sont susceptibles de poser des problèmes de concurrence. Une première solution aurait été de réviser les seuils de notification obligatoire à la baisse, ce que l'Autorité a écarté à l'issue d'une consultation publique. Droit & Croissance avait répondu à cette consultation et se satisfait du choix opéré par l'Autorité quant aux risques posés par un changement des seuils. L'Autorité s'interroge donc désormais sur une seconde solution avec la possibilité de contrôler une opération une fois que celle-ci est réalisée.
2. Le contrôle *ex post* en matière de concentration n'est pourtant pas nouveau. Historiquement, il en est même l'origine puisque le contrôle des concentrations a été créé aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle pour intervenir sur des concentrations déjà réalisées. Avec le développement et la sophistication du droit des concentrations au XX^e siècle, le contrôle *ex post* a néanmoins été peu à peu supplanté par le contrôle *ex ante*. Une telle évolution se comprend aisément étant donné l'insécurité juridique majeure que représentait le contrôle *ex post* pour les projets de concentration des entreprises.
3. Droit & Croissance s'interroge donc tout d'abord sur l'approche de l'Autorité quant à la réintroduction d'un contrôle *ex post*. Une lecture possible du communiqué serait de n'y voir qu'un moyen de contrôler des opérations qui y échappent aujourd'hui et le contrôle *ex post* présenterait alors un caractère alternatif au contrôle *ex ante*. Pourtant, il est excessif, et sûrement inefficace, de cantonner le contrôle *ex post* à un rôle subsidiaire. En effet, le contrôle *ex post* est susceptible d'offrir un mécanisme redoutable pour régler l'épineuse question de l'évaluation des gains d'efficacité anticipés lorsqu'une opération est contrôlée *ex ante*. La *Federal Trade Commission* américaine avait ainsi accepté d'autoriser, sans contrôler en détails l'opération *a priori*, l'acquisition d'*Avant! Corporation* par *Synapsis Inc.* en 2002, et ce alors qu'il paraissait éminemment difficile de vérifier que les gains d'efficacité compenseraient bien les possibles atteintes à la concurrence². Le Commissaire Anthony avait souligné qu'en l'espèce l'incertitude était trop importante et que les autorités américaines suivraient de près l'évolution des conditions de marché puisqu'elles garderaient la possibilité d'un contrôle *ex post* pour venir corriger les éventuels déséquilibres et risques anticoncurrentiels.

Droit & Croissance demande donc à l'Autorité de clarifier sa position sur la portée du contrôle *ex post* s'il venait à être réintroduit dans le droit français des concentrations.

¹ Note rédigée par Jean-Alexandre Vaglio, économiste et juriste membre de l'équipe Concurrence de l'Institut Droit & Croissance. L'auteur remercie Florence Thépot et Mathieu Luinaud pour leurs commentaires.

² Voir la décision de la FTC, *Synapsis Inc./Avant! Corporation*, N°021-0049.



4. Cette clarification porte de façon plus générale sur l'articulation entre contrôle *ex ante* et *ex post*, sur laquelle le communiqué de l'Autorité reste muet. Elle sera pourtant essentielle au maintien de la cohérence générale du contrôle des concentrations si l'Autorité venait à examiner les opérations *a posteriori*. Les développements suivants s'attacheront à examiner le contrôle *ex post* d'abord sous l'angle de la théorie économique pour y ensuite confronter le projet de l'Autorité et souligner les difficultés pratiques à surmonter.

Perspectives théoriques

5. La théorie économique s'est évidemment déjà intéressée au contrôle *ex post* des concentrations et en a notamment dérivé les conditions d'optimalité en fonction de l'information disponible au moment du contrôle d'une opération. Ces analyses se retrouvent dans les travaux d'Ottaviani & Wickelgren (2011) et de Cosnita-Langlais & Tropeano (2015) dont les modèles et conclusions sont rappelés brièvement ci-après.
6. Le modèle utilisé par Ottaviani & Wickelgren est fondé sur une combinaison des contrôles *ex ante* et *ex post* : une calibration optimale du contrôle *ex post* devrait ainsi inciter les firmes à adopter un comportement pro-concurrentiel *ex ante*³. Ce modèle permet à Ottaviani & Wickelgren de conclure que le contrôle *ex post* est efficace dès lors que la qualité de l'information disponible pour l'autorité de concurrence après l'opération est si pauvre que les parties à l'opération font face à un risque important de coûteux engagements *a posteriori* et se disciplinent pour que l'opération soit autorisée en cas de contrôle.
7. Cosnita-Langlais & Tropeano partent d'un modèle similaire et le complètent avec l'introduction des effets liés aux engagements et d'une asymétrie de la production des informations utiles au contrôle des effets de l'opération, ainsi que la prise en compte de leur coût de production⁴. Leur analyse conclut à l'optimalité du contrôle *ex post* à deux conditions : (i) d'une part, les engagements doivent être relativement plus coûteux pour les projets aux effets pro-concurrentiels ; (ii) d'autre part, le coût de production d'informations de l'autorité de concurrence doit être suffisamment bas.
8. Ces modèles théoriques se complètent utilement et viennent confirmer certaines intuitions quant à la pertinence du contrôle *ex post*. Ils rappellent ainsi la place centrale de l'incertitude qui pèse sur l'analyse des effets globaux d'une opération de concentration. Cette incertitude porte aussi bien sur le fond, c'est-à-dire les conséquences de l'opération sur le marché concerné, que la forme, *i.e.* la production de preuves convaincantes aussi bien par les firmes que par les autorités de concurrence. Pour ces dernières, il existe un véritable arbitrage entre le risque d'autoriser des opérations qui se révéleront anticoncurrentielles et celui d'imposer des engagements excessifs à des opérations qui se révéleront bénéfiques pour la concurrence. Ces conditions théoriques forment autant d'obstacles qui restent à franchir pour les autorités et qui expliquent au moins partiellement pourquoi elles continuent de s'appuyer principalement sur le contrôle *ex ante*.

Perspectives pratiques

9. Il semble que le projet de l'Autorité, tel que décrit dans son communiqué du 7 juin 2018, dessine un contrôle *ex post* des opérations n'entrant pas dans le champ de compétence de

³ Ottaviani, M. et A. Wickelgren, « Ex ante or ex post competition policy, A progress report », *International Journal of Industrial Organization*, 2011, 29(3), p. 356-359.

⁴ Cosnita-Langlais, A. et Tropeano J.-P., « Ex post or ex ante? On the optimal timing of merger control », version révisée, *Economix Working papers*, 2015, N°2013-22.



la Commission européenne en trois temps : (i) tout d'abord, leur analyse laisserait apparaître des « préoccupations substantielles de concurrence », ce qui permettrait ensuite que (ii) l'Autorité puisse les évoquer afin de (iii) les soumettre au contrôle des concentrations de droit commun.

10. S'agissant du premier temps d'analyse, l'Autorité suggère que la notion de « préoccupations substantielles de concurrence » soit encadrée, par exemple *via* des lignes directrices. Il est évidemment primordial pour la sécurité juridique des entreprises qu'une telle notion réponde à des critères précisément fixés. L'outil des lignes directrices est le plus adapté et le travail de révision des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations initié le 7 juin 2018 devrait intégrer une telle réflexion si l'Autorité venait à introduire un contrôle *ex post*.
11. S'agissant du deuxième temps d'analyse, l'Autorité envisage un délai, compris entre six mois et deux ans, au-delà duquel elle ne pourrait plus évoquer l'opération et la contrôler de façon *ex post*. De la même façon, il est nécessaire de délimiter dans le temps l'action ouverte à l'Autorité de contrôler des opérations *a posteriori*. Cela est d'autant plus sensible que le principal coût en matière de contrôle *ex post* est celui de « défaire » une opération déjà réalisée et de revenir aux conditions de marché antérieures. Ce coût augmente par ailleurs fortement dans le temps, à mesure que l'opération de concentration se concrétise. A titre d'exemple, il ressort d'un rapport du cabinet PwC de 2017, que les opérations de concentration réussies nécessitent en moyenne une année pour une intégration quasi complète des différentes fonctions (finance, RH, production *etc.*)⁵. Dès lors, une intervention de l'Autorité deux ans plus tard ne manquerait pas de soulever d'importantes difficultés alors que l'opération aura sûrement déjà été complètement intégrée.
12. Ces deux étapes sont de toute évidence cruciales pour éviter le retour à une insécurité juridique qui avait justifié l'essor puis la consécration du contrôle *ex ante* au détriment du contrôle *ex post* original. L'Autorité les a bien identifiées et y apporte déjà des premiers éléments de réflexion sur lesquels Droit & Croissance n'a pas de commentaire supplémentaire à faire.
13. S'agissant du troisième temps relatif au contrôle exercé sur le fond, Droit & Croissance est néanmoins plus réservé et s'interroge sur la pertinence d'une application du contrôle des concentrations de droit commun alors que le contrôle *ex post* présente des spécificités, qui sont le reflet des conditions théoriques évoquées ci-avant.
14. Il s'agit évidemment en premier lieu du passage d'une analyse prospective à une analyse historique. A cet égard, les autorités de concurrence ont déjà mené de nombreux exercices d'évaluations *ex post* d'opérations de concentration qu'elles avaient autorisé *ex ante*. Ces études permettent de mesurer la difficulté pratique d'appliquer les outils d'analyse économique, y compris une fois que des données historiques sont disponibles. Ainsi, la Commission soulignait en 2016 dans son étude de l'opération *T-Mobile/tele.ring* que de nombreux facteurs rendent difficile l'analyse, y compris *ex post*, des effets d'une concentration sur les prix⁶. Il est en effet délicat de les distinguer des effets inobservables, et qui ne sont liés à l'opération, ainsi que des différences structurelles possibles des données utilisées comme variables de contrôle.

⁵ Voir le rapport « Success factors in post-merger integration » du cabinet PwC publié le 12 juin 2017.

⁶ Voir notamment l'étude de la DG Concurrence de la Commission européenne, « Ex post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands », *Competition merger brief – Issue 1/2016*, avril 2016, p. 19-23.



15. Il apparaît dès lors nécessaire que d'importants moyens soient mis en œuvre par l'Autorité pour réduire son coût de production d'informations. Comme évoqué *supra*, l'analyse économique occupe un rôle central en matière de contrôle *ex post*. Il convient dès lors que pour le mettre en œuvre une autorité de concurrence doit disposer de ressources adéquates. Or, comme cela a été rappelé dans le récent rapport du Club des juristes pour réformer le droit français de la concurrence, le service économique de l'Autorité est d'une taille pour le moins modeste et ce d'autant plus lorsqu'on le rapporte aux effectifs de juristes⁷. Même si le contrôle *ex post* ne venait à être mis en œuvre que très ponctuellement, il devrait être nécessaire de renforcer l'équipe d'économistes de l'Autorité pour qu'elle soit en mesure d'appliquer l'ensemble des outils quantitatifs disponibles et d'assurer ainsi un contrôle *ex post* le plus efficace et légitime possible. L'introduction du contrôle *ex post* apportera encore plus de poids aux recommandations de la commission *ad hoc* du Club des juristes qui vont dans ce sens.
16. Cela pose donc enfin la question de l'efficacité d'un tel système. La mise en œuvre de tels moyens ne se justifierait que pour des opérations posant des difficultés très sensibles⁸ et échappant au contrôle *ex ante*. Il convient donc de s'interroger sur le volume et la fréquence de telles opérations. Les réflexions récentes sur ce risque ont très largement été fondées sur le secteur des nouvelles technologies. Droit & Croissance avait déjà évoqué cela dans sa réponse à la consultation relative au changement des seuils de notification et estime que le contrôle *ex post* classique n'apporte finalement pas de solutions très différentes à de tels risques. Ainsi, un cadre d'analyse *ex post* plus pertinent devrait intégrer une meilleure compréhension des éventuels effets anticoncurrentiels propres à certains secteurs.
17. L'Autorité relève elle-même dans son document de consultation publique du 20 octobre 2017 que l'Autorité suédoise n'a appliqué son pouvoir résiduel *ex post* qu'à cinq reprises sur les vingt dernières années, aboutissant à quatre autorisations d'opérations et un retrait. Un tel constat pourrait rassurer les entreprises sur les risques de contrôle *ex post*, mais il interroge également sur la pertinence de l'introduire en droit français des concentrations, au regard des faibles bénéfices escomptés par rapport aux importants coûts de mise en œuvre et d'insécurité juridique. Son introduction ne peut donc être motivée par des craintes fondées sur des exemples rares et finalement traités par le contrôle des concentrations (e.g. l'opération *Facebook/WhatsApp* devant la Commission européenne) mais appelle à une étude plus systématique des cas possibles afin de mieux évaluer ce risque à l'échelle globale de l'économie.

En conclusion, Droit & Croissance estime que le contrôle *ex post* ne pourrait représenter une véritable amélioration du droit des concentrations qu'aux conditions suivantes :

- i. une articulation cohérente avec le contrôle *ex ante* ;**
- ii. un renforcement de l'analyse économique ;**
- iii. une étude préalable des opérations susceptibles de le justifier ; et**
- iv. une mise en balance des bénéfices concurrentiels, pour le marché, avec les coûts d'une interdiction *ex post*, à l'échelle des entreprises concernées.**

⁷ Voir le rapport du Club des juristes, *Pour une réforme du droit de la concurrence*, janvier 2018, notamment p. 27 et 28.

⁸ L'Autorité mentionne à ce titre dans son communiqué la possibilité de limiter le champ d'application avec un seuil minimal de chiffre d'affaires cumulé. C'est une première solution utile mais qu'il conviendra de compléter par une meilleure compréhension des opérations susceptibles d'être visées par le contrôle *ex post*.