

**CONTRIBUTION A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'AUTORITE
SUR LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS**

L'Autorité de la concurrence a entrepris des travaux de refonte de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations en même temps qu'une réflexion sur l'éventuelle réforme des règles applicables pour s'adapter notamment aux nouveaux enjeux de l'économie à travers l'introduction d'un contrôle *ex post*.

Le présent document a pour objet d'apporter une contribution ciblée sur deux sujets spécifiques :

- refonte des lignes directrices : proposition de renforcement des critères d'analyse de risques d'effets unilatéraux dans les opérations conglomerales ou emportant des aspects conglomeraux ;
- limites de l'introduction d'un contrôle *ex post* qui viendrait en complément du dispositif de contrôle des concentrations existant.

Ces observations sont formulées sans préjudice d'autres contributions qui pourraient être apportées lors des phases suivantes de la consultation.

1. Refonte des lignes directrices sur le contrôle des concentrations

1. L'Autorité de la concurrence a mis en exergue dans de récents avis, décisions et travaux portant sur l'économie digitale, l'émergence des nouveaux modèles économiques au sein desquels la donnée tient notamment une place considérable et la difficulté d'appréhension des enjeux concurrentiels de ces modèles non traditionnels à partir des outils de concurrence existants.
2. Pourtant, ces mêmes outils semblent pouvoir être largement utilisés pour appréhender de tels nouveaux enjeux de concurrence, sous réserve de l'envisager et *a minima* de ne pas l'exclure, explicitement.
3. Les travaux de refonte des lignes directrices permettront leur mise à jour au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence intervenue depuis la dernière modification, mais pourraient également permettre d'ajuster les lignes directrices – sans modification substantielle, afin de dégager et en tous cas ne pas exclure quelques critères d'analyse de ces nouvelles dynamiques concurrentielles émergeant dans l'économie digitale, que la pratique décisionnelle viendra en tout état de cause délimiter dans des cas précis.

*1.1. Sur l'opportunité de renforcer les critères d'analyse d'effets unilatéraux d'opérations
conglomérales ou emportant des aspects congloméraux*

4. Il ne fait désormais plus aucun doute que Google n'est plus uniquement un moteur de recherche, Facebook un réseau social ou encore qu'Amazon ne soit plus seulement une plateforme d'e-commerce. Désormais, ces mastodontes technologiques dont le développement protéiforme prend des allures de conglomérats, agissent sur différents marchés, franges de marchés et surtout, à la fois en tant que fournisseur de services ou en tant qu'intermédiaires, arbitrant constamment entre ces deux rôles.
5. Dans un environnement en permanente évolution, ils luttent pour conquérir, étendre et maintenir l'accès aux utilisateurs (et à leurs données) pour les monétiser ensuite sur des marchés notamment publicitaires. Ils investissent des ressources colossales dans la R&D&I et témoignent d'une apparente soif intarissable d'acquisitions. Le rythme d'acquisition de Google et Facebook serait estimé à deux par mois.
6. La plupart de ces transactions passent sous le radar des autorités de concurrence, faute de franchir les seuils de notification au titre du contrôle des concentrations. L'acquisition annoncée de GitHub par Microsoft vient de faire l'objet d'une notification à la Commission (M.8994), mais cette dernière précise qu'il n'est pas certain que l'opération soit bien notifiable et réserve son avis.
7. Au-delà de l'aspect purement juridictionnel lié à la compétence pour connaître de ces opérations, se pose également la question du cadre analytique des quelques opérations qui pourraient tomber sous les fourches caudines d'une autorité.
8. Les affaires Facebook/What's App de même que Double Click / Google ont montré que pour l'heure, l'approche de la Commission européenne était relativement traditionnelle – pas de chevauchement horizontaux ou très peu donc pas de préoccupation majeure, pas d'intégration verticale, et surtout, validation de l'idée qu'il est peu probable que les opérations génèrent des effets congloméraux restrictifs de concurrence. Dans la décision Facebook / What's App, la Commission a consacré 20 paragraphes sur 200 à l'analyse d'effets congloméraux en lien avec l'utilisation de données.
9. Pourtant la capacité de subventionner de manière croisée une activité par la fourniture de données est désormais l'une des rationalités économiques les plus évidentes de ces opérations. Il est donc regrettable que le risque d'impact anticoncurrentiel de ce mécanisme de « *crossdataization* » ne fasse pas l'objet d'une analyse plus approfondie. Nous verrons ce que l'opération GitHub / Microsoft propose en termes de cadre analytique de ce point de vue, car il est évident que la valeur de GitHub réside pour une large part dans la légion de développeurs (utilisateurs) qui déposent plus de 85 millions de codes dans cette base ouverte.
10. L'intérêt pour les opérations conglomérales et leur risque d'impact anticoncurrentiel semble pourtant renaître depuis 3 ans, à la faveur de quelques décisions d'autorisation avec engagements rendues par la Commission. Mais d'un point de vue analytique, la Commission semble privilégier une approche traditionnelle dont les fondements remontent aux années 80.

11. Or, la rationalité des nouvelles formes de conglomérats technologiques n'est pas totalement dispersible dans ce cadre d'analyse et il pourrait donc être opportun d'y apporter quelques ajustements permettant si ce n'est d'intégrer du moins de ne pas exclure, des outils utiles à une analyse plus contemporaine des risques d'effets anticoncurrentiels d'opérations conglomérales dans l'économie digitale.

1.2. Sur les ajustements qui pourraient être apportés aux lignes directrices

12. Les lignes directrices contiennent déjà un certain nombre d'outils permettant d'appréhender des effets éventuellement restrictifs d'opérations conglomérales ou emportant des effets congloméraux. C'est pourquoi, il ne paraît pas nécessaire de refondre intégralement ou de créer des sections *ad hoc* pour ouvrir le cadre analytique à d'autres manières d'appréhender ces sujets pour l'adapter à des questions contemporaines. Les suggestions sont signalées par un surlignement ou barrées dans le tableau ci-dessous :

Réf	Proposition d'ajustement
§320 3 ^e bullet	Congloméraux, <u>notamment</u> lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés <u>ou segment de marchés</u> différents dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché <u>ou de renforcer la dépendance des autres acteurs notamment en accroissant le risque que l'entreprise issue de l'opération se place dans une position d'intermédiaire incontournable.</u>
§324	Une concentration verticale ou conglomérale produit des effets non coordonnés, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés. Dans une concentration verticale, l'entreprise résultant de l'opération est présente à différents stades de la chaîne de valeur. Dans certains cas, cette position peut lui permettre d'empêcher (totalement ou partiellement) des concurrents situés en aval de la chaîne de la valeur d'accéder à une ressource essentielle qu'elle contrôle en amont, ou, à l'inverse, de bloquer (au moins partiellement) les débouchés commerciaux de concurrents situés en amont, du fait de sa position en aval. Dans une concentration conglomérale, une entreprise qui bénéficie <u>ou renforce</u> à l'issue de l'opération d'une une position forte sur un marché peut être en mesure de verrouiller l'accès à un ou plusieurs marchés connexes en exploitant un effet de levier ¹¹⁵ . NBP 115 - L'effet de levier se comprend <u>notamment</u> comme la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit <u>ou un service</u> sur un marché en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit <u>ou service</u> auquel le premier produit <u>ou service</u> est lié, <u>connexe</u> ou groupé.
§ 325	Pour apprécier si une opération porte significativement atteinte à la concurrence, par ses effets non coordonnés (horizontaux, verticaux ou congloméraux), l'Autorité est amenée à analyser la capacité des clients à se reporter sur des produits ou services alternatifs <u>aussi efficaces</u> offerts par des concurrents. Pour ce faire, elle conduit une analyse prospective de la demande et de l'offre, et étudie quels seront les comportements probables des clients et des concurrents, à brève échéance, après l'opération. La concurrence peut provenir d'entreprises déjà présentes sur le marché, mais aussi de concurrents potentiels pouvant entrer sur le marché rapidement. Leur capacité à le faire dépend des barrières à l'entrée, c'est-à-dire des obstacles à franchir pour pénétrer le marché. Ces obstacles peuvent, par exemple, être de nature réglementaire ou financière, <u>liés à l'accès à des données</u> , ou encore liés à des droits de la propriété intellectuelle, à la difficulté d'acquérir un savoir-faire <u>ou à accéder à des résultats de travaux de R&D</u> ou à l'attachement des clients à certaines offres. Dans certains cas particuliers, une opération peut porter significativement atteinte à la concurrence par la disparition d'un concurrent potentiel. Il s'agit de cas, en pratique rares, où l'une des entreprises acquises exerce une pression concurrentielle potentielle sur un ou plusieurs marchés concernés.

Réf	Proposition d'ajustement
§ 339	Sur un tel ensemble de produits et services, une entreprise qui serait seule à les offrir <u>ou seule à pouvoir les offrir de manière efficace</u> ou en offrirait une part conséquente, serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, par exemple d'augmenter ses prix au-dessus du niveau concurrentiel indépendamment de ses clients et concurrents <u>ou de modifier sur des marchés connexes les modalités d'accès à des services ou des données indépendamment de ses clients et concurrents</u> . (...)
§342	Il convient toutefois de noter que pour apprécier l'impact d'une concentration sur la concurrence, l'Autorité peut utiliser des outils analytiques ne nécessitant pas de définir précisément des marchés pertinents ¹²⁰ . Une telle approche peut s'avérer particulièrement justifiée lorsque les produits concernés par l'opération ne sont pas homogènes, ce qui rend difficile la fixation a priori de la limite entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres. Cependant, l'identification de biens ou services substituables à ceux vendus <u>ou offerts</u> par les entreprises concernées par l'opération constitue toujours une étape nécessaire au raisonnement de l'Autorité.
§ 346	Dans des cas particuliers, l'Autorité peut cependant prendre en compte la substituabilité de l'offre pour délimiter les marchés pertinents. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir à deux segments A et B, un marché qui définit du seul point de vue de la demande se limiterait au seul segment A, se justifie dans la mesure où elle peut faire obstacle à l'exercice d'un pouvoir de marché par un monopole limité au segment A. Le fait que la plupart des offreurs sur un marché sont déjà présents sur les deux segments A et B peut suggérer que cette substituabilité de l'offre est suffisante pour les regrouper dans un même marché pertinent ¹²² . Plus rarement , la possibilité qu'auraient les offreurs présents sur le seul segment A d'adapter rapidement facilement leur offre aux produits ou services du segment B, en raison de la proximité des segments A et B, peut également être prise en compte pour conclure que la substituabilité du point de vue de l'offre justifie d'élargir le marché aux deux segments A et B. Cette proximité peut être prise en compte soit au stade de la délimitation des marchés soit au stade de l'analyse de la concurrence potentielle exercée sur les offreurs du segment A par ceux du segment B ¹²³ .
§ 382	Deux critères sont <u>notamment</u> examinés par l'Autorité : (...)
§ 387	Cependant, l'Autorité réserve la possibilité qu'une opération puisse porter atteinte à la concurrence, même en-deçà de ces seuils, dans des cas exceptionnels tels que : • l'une des parties à l'opération est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible mais est susceptible de croître rapidement, • une ou plusieurs parties à l'opération sont des entreprises innovantes importantes, ce que ne révèle pas leur part de marché, <u>mais éventuellement le niveau de détention de données et la capacité d'exploitation des données</u> • il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché, • l'une des parties à la concentration est un « franc-tireur » (« maverick ») qui, très probablement, ferait échouer la coordination des comportements, • il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle, ou de pratiques facilitant la coordination, • l'une des parties à l'opération détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50 %.
§ 425	Les possibilités de réaction des concurrents peuvent aussi être freinées par l'entreprise créée, qui contrôlerait, par exemple, des ressources nécessaires à la production, l'accès à <u>des données</u> , des contenus dans le secteur des médias, des brevets ou des droits de propriété intellectuelle essentiels pour les concurrents, ou encore d'importantes capacités de distribution des biens ou services concernés. Le fait que les parties à la concentration soient des entreprises verticalement intégrées sur des marchés amont et aval, <u>ou sur des marchés étroitement liés</u> , est de nature à renforcer les effets horizontaux des cumuls de parts de marché ¹⁶⁹ (cf. ci-dessous partie E sur les effets verticaux des concentrations).

Réf	Proposition d'ajustement
§ 427	La capacité de réaction des concurrents peut également être limitée par un environnement réglementaire particulier qui contraint leurs capacités de production ¹⁷¹ , ou par la faible disponibilité d'intrants nécessaires au développement de leur activité, <u>tels que des données</u> .
§ 432	Le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une part de marché élevée, peut être également efficacement limité non seulement par les réactions des concurrents déjà présents sur le marché mais également par le fait que le marché est contestable, c'est-à-dire qu'il est relativement facile pour de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché en cause. Lorsque c'est le cas, toute la dégradation des conditions initiales de marché liée à la concentration sera pourra être regardée comme une opportunité pour de nouveaux entrants et ces nouvelles entrées permettront pourront permettre <u>sous réserve que cela soit démontré</u> de rétablir les conditions initiales de concurrence. La concurrence, même potentielle, exerce donc une pression sur les comportements des acteurs en place.
§ 434	Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses ¹⁷⁵ . En premier lieu, l'entrée des concurrents sur le marché peut être rendue difficile par des barrières liées à la réglementation, <u>à la détention de données dans une mesure difficilement ou pas répliquable</u> , ou à la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, l'Autorité a relevé que la chronologie des médias ainsi que les règles relatives au financement de la production cinématographique constituaient d'importants obstacles à l'entrée d'acteurs étrangers sur les marchés de la vidéo à la demande et de la vidéo à la demande par abonnement ¹⁷⁶ .
§ 471	La diversité des gammes de produits <u>ou services</u> offerts <u>sur le marché ou sur des marchés étroitement liés</u> est également susceptible d'avoir un impact sur la rentabilité de la stratégie de la nouvelle entité.
§ 476	Une concentration a des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'exploiter un effet de levier ²¹² (hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, cf. effets verticaux). Le lien de connexité entre les marchés concernés peut notamment découler de l'appartenance des produits <u>ou services</u> à une même gamme ou de l'existence de marques générant un certain degré de différenciation entre les produits des parties à l'opération.
§ 477	De façon générale, une concentration conglomérale ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement. Certaines de ces synergies peuvent être pro-concurrentielles au sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale ²¹³ . La nouvelle entité peut bénéficier de coûts fixes communs importants ou de la complémentarité de plusieurs produits et services <u>au travers notamment de la mutualisation ou l'utilisation croisée de données</u> . Les concentrations conglomérales peuvent aussi générer des économies d'envergure, permettre une plus grande compatibilité des composants complémentaires, ou encore conduire à une internalisation des effets positifs d'une baisse de prix sur un produit sur la vente d'un produit complémentaire (« effet Cournot ») (voir notamment la section du présent document sur les contributions au progrès économique).
§478	Certaines concentrations conglomérales peuvent néanmoins produire des effets restrictifs de concurrence <u>notamment</u> lorsqu'elles permettent de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou les achats des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.
§ 484	Mais, pour l'analyse d'effets congloméraux, le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, <u>données</u> , considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables, et qui ne possèdent que peu de substituts acceptables <u>ou aussi</u> performants

Réf	Proposition d'ajustement
	en raison, par exemple, de la différenciation des produits ou des contraintes de capacité auxquelles sont soumis les concurrents ²¹⁷ .
§ 485	En outre, une Dans le cas d'offres liées ou groupées, celles-ci ne peuvent avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause ²¹⁸ .
§ 488	Comme dans le cas des effets verticaux <u>et sans préjudice de cas particuliers</u> , il est <u>généralement</u> peu probable que la nouvelle entité court le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer sa position sur un marché moins rentable. Par exemple, dans l'avis Somfy / Zurflüh-Feller précité, le Conseil a indiqué que les stratégies de verrouillage qui conduiraient à la baisse des ventes de moteurs seraient peu crédibles compte tenu des prix relatifs des moteurs et des autres composants.

2. Sur les limites dans lesquelles un contrôle *ex post* pourrait harmonieusement s'articuler avec le régime existant

13. L'introduction d'un contrôle *ex post* soulève deux questions structurantes :

- l'opportunité d'une telle introduction en lien avec un objectif qui serait poursuivi et que le système actuel ne permettrait pas d'atteindre ;
- les modalités qui permettraient au système général de contrôle des concentrations d'être cohérent, efficace et proportionné aux objectifs poursuivis.

14. L'introduction d'un tel mécanisme pose à l'évidence des questions de sécurité juridique de sorte que s'il devait être introduit, il devrait permettre de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique dont les entreprises sont en droit de revendiquer le bénéfice.

15. D'après le communiqué de consultation, la proposition d'introduction d'un contrôle *ex post* s'inscrit dans une réflexion visant à permettre à l'Autorité de la concurrence de contrôler des opérations qui ne franchiraient pas les seuils actuels et seraient susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence.

16. Un tel contrôle porterait sur des opérations dans lesquelles l'une des parties au moins ne franchirait pas les seuils individuels. C'est d'ailleurs le sens de la piste évoquée par le communiqué de consultation quant à une limitation du contrôle *ex post* aux opérations pour lesquelles seul le seuil conjoint en chiffre d'affaires mondial serait maintenu.

17. Si une telle option pourrait théoriquement permettre d'appréhender par exemple l'acquisition de start-up et autres licornes, le maintien du seul seuil en chiffre d'affaires sans autre condition n'apparaît pas optimal. Il en découlera qu'un nombre extrêmement élevé d'opérations non susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence sera notifié, sans lien avec l'objectif poursuivi qui n'est pas d'élargir infiniment le contrôle mais de « combler un manque identifié ».

18. Un tel ciblage ne peut qu'appeler la création de seuils permettant de couvrir les seules opérations susceptibles de porter atteinte de manière substantielle à la concurrence. Comme le souligne justement le communiqué, il est impératif de définir cette notion et d'encadrer sa définition par des lignes directrices.
19. Il est notamment essentiel de restreindre le champ de cette notion aux risques anticoncurrentiels découlant uniquement de l'opération elle-même et non du comportement des acteurs / de l'entité issue de l'opération sur le marché. Ce comportement est en effet déjà capté par les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Or, passé le cap de la réalisation de l'opération, il est extrêmement difficile de démêler ce qui ressortirait de l'opération elle-même, du comportement de l'entité fusionnée.
20. Ce qui amène à une observation relative au délai dans lequel le contrôle peut être effectué. Aux fins d'assurer la sécurité juridique, plus le délai défini est court, plus il est apte à remplir cette exigence.
21. Un délai court serait également approprié pour minimiser les risques que l'analyse concurrentielle de l'opération ne soit parasitée par le comportement effectif de l'entité fusionnée qui ressortirait du droit des pratiques anticoncurrentielles.
22. Dans le cas de fonds d'investissements même si ce ne sont en principe pas les opérations qui soulèvent des préoccupations de concurrence majeures, un délai inférieur à un an permettrait également de préserver les possibilités de revente à court terme dans la mesure où ne pèserait plus de risque « concurrence » sur l'acquisition initiale.
23. En tout état de cause, quelle que soit la durée du délai envisagée, il est impératif que le point de départ de ce délai soit clairement fixé pour assurer une sécurité juridique optimale et délimiter précisément la compétence de l'Autorité pour connaître d'opérations dans le cadre de ce contrôle *ex post*.
24. Il conviendra également de définir qui de l'Autorité ou des entreprises concernées doit prendre l'initiative d'un contrôle *ex post*. S'il s'agit de l'Autorité, il conviendra de renforcer ses moyens d'information sur les marchés.
25. Une attention particulière devra également être apportée à la définition du contenu des informations à fournir dans le cadre de ce contrôle afin de permettre aux entreprises d'anticiper le risque d'une notification *ex post* et préparer l'ensemble des documents qu'elles pourraient être amenées à devoir fournir. La prévisibilité des événements pouvant impacter la conduite d'une opération est un facteur essentiel. La re-notification d'opérations intervenues ces dernières années sont susceptibles de fournir des indications utiles pour la détermination du contenu d'une telle notification *ex post*.

Fayrouze Masmi-Dazi
Avocat à la Cour, Associée