



**Nathalie  
JALABERT  
DOURY**  
Avocate à la Cour  
Mayer Brown

## Quatre années de contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence, bilan et perspectives



**Gildas  
DE MUIZON**  
Économiste  
associé  
Microeconomix

Depuis qu'elle est en charge du contrôle des concentrations, l'Autorité de la concurrence a significativement fait évoluer l'instruction des opérations qui lui sont notifiées. À la veille d'une révision de ses lignes directrices, quel bilan peut-on dresser de ces quatre années ? Quelles évolutions peut-on attendre ? Regards croisés.

R.L.C. 2241

**Revue Lamy de la Concurrence :** *Depuis qu'elle est en charge du contrôle des concentrations, l'Autorité a rendu plus de 650 décisions d'autorisation. Dans quelle mesure sa pratique diffère-t-elle de la pratique du ministre ?*

**Nathalie JALABERT DOURY :** En quatre ans, la pratique a considérablement évolué. La DGCCRF avait commencé à amorcer un mouvement en faveur de la systématisation de sa pratique décisionnelle et d'une plus grande prévisibilité pour les parties notifiantes (les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations ont été publiées pour la première fois par la DGCCRF en 2002).

Mais l'Autorité de la concurrence a prolongé et amplifié ce mouvement, en s'attachant à apporter le même soin à l'articulation de sa pratique décisionnelle qu'en matière d'ententes et d'abus de position dominante, dans le cadre de délais de procédure pourtant beaucoup plus brefs.

Ceci a notamment permis à l'Autorité d'affiner la notion de contrôle, de développer l'analyse des effets, d'agir sur la cohérence de la structure des engagements, de contrôler plus étroitement leur exécution, etc.

Autre changement : la discussion avec les services de l'Autorité porte beaucoup moins sur le « bilan économique et social » de l'opération que cela n'était le cas devant le ministre. C'était une évolution inévitable et le ministre conserve des moyens d'intervention en phase II pour des motifs d'intérêt général (notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi). La discussion avec l'Autorité s'est déplacée sur d'autres terrains, dont celui des efficacies attendues de l'opération.

Sur le plan des délais, l'Autorité est parvenue à mettre en place des procédures particulièrement rapides en matière de dérogation à l'obligation de suspension pour les concentrations résultant d'acquisitions à la barre du tribunal de commerce, ou concernant des entreprises proches d'une cessation de paiement. L'Autorité a également mis en œuvre des filtres efficaces permettant d'écarter les concentrations ne soulevant pas question dans les tous premiers jours de la procédure pour prononcer des autorisations dans des délais de 15 à 20 jours ouvrés en moyenne.

Il y a encore un certain nombre de chantiers sur lesquels des améliorations sont attendues, mais atteindre un tel bilan au bout de seulement quatre ans d'exercice de cette compétence est largement positif.

**Gildas de MUIZON :** Contrairement à ce qu'on pouvait anticiper, le transfert du contrôle des concentrations de la DGCCRF à l'Autorité ne s'est pas traduit par un accroissement sensible du nombre d'opérations faisant l'objet d'un examen approfondi. En quatre ans, seules six opérations ont fait l'objet d'un examen approfondi, soit moins de 1 % des dossiers notifiés. Parmi elles, quatre ont été autorisées sous réserve d'engagements, une sous réserve d'injonctions, et une a été autorisée sans condition. Les opérations complexes soulevant des préoccupations de concurrence sont donc rares, la très grande majorité des opérations étant autorisées sans condition. Dans tous les cas, l'Autorité a affiché une volonté forte de mieux intégrer l'analyse économique. Les lignes directrices de décembre 2009 (Aut. conc., lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 16 déc. 2009) constituent un document de 165 pages, dont 40 % traitent des analyses économiques (principalement mobilisées pour la délimitation des marchés et l'analyse des effets). Une

annexe spécifique présente les « *bonnes pratiques à mettre en œuvre pour la soumission d'études économiques à l'Autorité* ». Logiquement, l'Autorité a accru le nombre d'économistes dans ses équipes. Le service des concentrations est constitué d'une quinzaine de rapporteurs dont près de la moitié d'économistes. L'Autorité a également créé un « *service économique* » comprenant une dizaine d'économistes intervenant en appui des rapporteurs.

Tout ceci a contribué à accroître le rôle de l'analyse économique dans l'instruction des opérations notifiées. Cependant, à l'instar de ce que l'on observe dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité a adopté une approche essentiellement critique des analyses économiques produites par les parties notifiantes. Elle se limite essentiellement à remettre en cause leur portée en identifiant les limites de certaines hypothèses retenues ou de certaines modélisations mises en œuvre. Il est décevant que les services d'instruction, avec l'appui du service économique, entreprennent si rarement une véritable analyse économique alternative dont il serait démontré qu'elle repose sur des hypothèses plus réalistes que celles retenues par les conseils économiques des parties et un modèle expliquant mieux le fonctionnement concurrentiel effectif du marché étudié.

Finalement, malgré des évolutions louables, force est de constater que l'analyse économique reste encore principalement cantonnée à la question de la délimitation des marchés pertinents et au calcul des parts de marché. De gros efforts doivent être consentis par les parties notifiantes pour collecter et traiter de grandes quantités de données, mais ces dernières sont rarement exploitées par les services d'instruction dans le cadre d'une véritable analyse prospective des effets de l'opération. Bien souvent, le niveau des parts de marché de la nouvelle entité et les retours du test de marché jouent un rôle déterminant dans l'appréciation portée par les services d'instruction, qu'il est difficile de faire évoluer.

**RLC :** *En pratique, comment procéder pour maximiser les chances d'obtenir rapidement l'autorisation d'une opération ?*

**G. de M. :** Pour les opérations nécessitant la mobilisation d'une équipe d'économistes, il est particulièrement utile de la faire intervenir en amont de la prise de premiers contacts avec l'Autorité. Cela permet d'organiser dans de bonnes conditions la collecte des données qui seront demandées par les services d'instruction, et d'anticiper les analyses et conclusions qui pourraient être avancées durant l'instruction. C'est évidemment particulièrement important pour les opérations complexes, mais cela concerne également des opérations d'apparence simples.

Par exemple, dès lors que les marchés géographiques sont définis localement, le calcul des parts de marché s'avère rapidement fastidieux et nécessite d'importants efforts en termes de données. Une décision de moins de 10 pages peut ainsi masquer de lourds travaux de collecte et d'analyse de données. L'analyse de marchés locaux peut rendre nécessaires l'identification et la collecte des données sur les concurrents pour des dizaines de zones locales, le calcul des parts de marché au niveau départemental, régional et sur la zone dite des « 80 % », nécessitant l'identification de la localisation de l'ensemble des clients des parties, pour chaque point de vente acquis.

Pour les opérations complexes, il est déterminant d'avoir préparé suffisamment tôt les analyses qui seront débattues avec les services d'instruction et le service économique. Produire des études économiques à la dernière minute, aussi sophis-

tiquées et approfondies soient-elles, emporte un risque élevé qu'elles ne soient tout simplement pas prises en compte par l'instruction, faute de suffisamment de temps et de moyens.

**N. J. D. :** La palette des notifications que reçoit l'Autorité est tellement large qu'il serait illusoire de prétendre pouvoir définir des règles qui s'appliqueraient dans tous les cas, si ce n'est celle de l'anticipation : quelle que soit la nature du cas, le plus tôt la nécessité de procéder à une notification est identifiée et le mieux il sera possible de préparer la collecte d'informations nécessaire à l'élaboration du formulaire et de discuter de la méthodologie avec le service concentrations. Certains dossiers sont perçus comme sensibles par les entreprises concernées, mais l'expérience montre qu'ils peuvent parfois être approuvés – le cas échéant sous réserve d'engagements – rapidement, tandis qu'un cas non ciblé comme tel par les entreprises pourra en réalité soulever des questions complexes, en raison d'un retour de test de marché négatif ou de données ne correspondant pas exactement aux besoins de l'Autorité. Si cela n'a pas été identifié au préalable, les délais de traitement risquent de s'avérer trop courts pour permettre de développer de nouveaux argumentaires que l'Autorité puisse vérifier et valider avant la fin du délai.

Enfin, certains dossiers ne sont pas sensibles sur le fond mais posent des questions nouvelles ou peu explorées en termes de structure de l'opération. Ces dossiers devront être de la même manière repérés en amont pour un traitement de ces questions avant tout dépôt de la notification.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les rapporteurs du service concentrations ne sont pas spécialisés par secteur économique. Une présentation claire et complète des produits et des principales caractéristiques des marchés, faisant le lien avec la pratique décisionnelle de l'Autorité sur des marchés voisins, est de nature à faire gagner un temps précieux. Cela fournit par ailleurs l'occasion d'instaurer un dialogue avec le service concentrations, un dialogue de confiance qui facilitera considérablement le traitement du dossier.

**RLC :** *Les lignes directrices de l'Autorité vont bientôt être révisées. Quelles évolutions vous paraissent souhaitables ?*

**N. J. D. :** Il y a une évolution qui paraît aujourd'hui incontournable parce qu'elle est à des années lumières des avancées réalisées par ailleurs par l'Autorité de la concurrence que nous avons rappelées tout à l'heure, et parce qu'elle a pour effet de priver les utilisateurs du système de toute sécurité juridique. Je fais référence à la pratique des accusés de complétude, par lesquels le service concentrations atteste qu'une notification est complète, et donc que son dépôt a valablement commencé à faire courir les délais d'examen.

À l'heure actuelle, ces accusés de complétude sont le plus souvent délivrés la veille ou le jour même du prononcé de la décision d'autorisation, ce qui signifie que le service concentrations n'accepte de se lier par les délais que lorsqu'il n'y a plus d'enjeu, la décision d'autorisation étant acquise et finalisée. Une telle pratique est d'autant moins compréhensible pour les entreprises notifiantes qu'elle les met dans l'incapacité de planifier les opérations post-autorisation, qu'elles attendent généralement d'enclencher dès que possible : le délai entre la signature et la réalisation de l'opération a déjà dû être aménagé pour permettre de procéder au dépôt de la notification. Ne pouvant prévoir la date à laquelle elles disposeront d'une décision jusqu'aux toutes dernières heures qui la précèdent, elles perdront donc plusieurs jours supplémentaires pour organiser la réalisation de l'opération.

Plus largement, il nous semble que la gestion de la pré-notification pourrait encore être améliorée. Il s'agit d'un processus qui nécessite de l'expérience, de l'implication en amont de la notification et aussi certainement la mise au point de procédures et *check-lists* permettant de baliser les vérifications à opérer.

Si les utilisateurs du système ne revendiquent pas un système de pré-notification aussi structuré qu'au plan européen (les dossiers y sont généralement plus substantiels compte tenu de la taille des entreprises concernées, des aspects transnationaux et d'un formulaire plus développé), une pré-notification plus en profondeur – lorsque les parties notifiantes la souhaitent – permettrait de renforcer la capacité des services d'instruction de soulever les questions en amont de la notification et donc de pouvoir aborder la complétude avec plus de sérénité.

Si les textes ne précisent pas que l'attestation de complétude peut être fournie sous réserve de l'absence de révélation ultérieure d'éléments de nature à rendre incomplète la notification (informations erronées révélées par le test de marché, délimitation proposée des marchés incohérente avec les constatations qui ressortent de l'instruction, etc.), nous ne voyons pas ce qui interdirait à l'Autorité de pratiquer ainsi.

Ceci permettrait aux entreprises notifiantes de recevoir une première indication des délais dans les jours qui suivent le dépôt de la notification formelle sous cette réserve, que les contacts avec le service concentrations permettront de lever au fur et à mesure de l'avancement du dossier.

**G. de M. :** Une première évolution souhaitable serait de mieux rendre compte dans le texte des décisions des analyses économiques produites par les parties et par les économistes de l'Autorité, en mettant en valeur les raisonnements, les hypothèses et les méthodes et en soulignant les points de divergence. Sur ce point, la décision *Veolia Transport/Transdev* (Aut. conc., déc. n° 10-DCC-198, 30 déc. 2012) est particulièrement intéressante tant l'Autorité s'est attachée à détailler les différentes

**Plus largement, il nous semble que la gestion de la pré-notification pourrait encore être améliorée. Il s'agit d'un processus qui nécessite de l'expérience, de l'implication en amont de la notification et aussi certainement la mise au point de procédures et *check-lists* permettant de baliser les vérifications à opérer.**

étapes du raisonnement économique et à expliquer les points de divergence entre les analyses produites par les parties et celles réalisées par les services d'instruction. Cette approche mériterait d'être généralisée, car trop souvent le texte de la décision ne permet pas au lecteur externe de suivre les détails des débats économiques qui ont pu avoir lieu.

Il serait d'ailleurs utile que le formulaire de notification intègre explicitement des sections dédiées à l'analyse économique des effets de l'opération. Pour l'instant, outre les deux premières sections de description factuelle de l'opération et des entreprises concernées, le formulaire ne comporte que deux sections consacrées respectivement aux marchés concernés et affectés, dont l'enjeu principal reste la présentation des parts de marché des parties et de leurs concurrents.

L'inclusion de sections spécifiquement dédiées à l'analyse économique des effets de l'opération pourrait utilement être accompagnée de la publication de guides pédagogiques sur les méthodes quantitatives et analytiques admises par l'Autorité (à l'instar des documents publiés par la Commission européenne).

Ce serait également l'occasion de relativiser l'importance de la délimitation des

marchés pertinents et du calcul des parts de marché. Depuis plusieurs années, à la suite de travaux économiques, certaines autorités de concurrence (notamment aux États-Unis et au Royaume-Uni) ont introduit de nouveaux tests économiques visant à pallier la portée limitée d'une analyse structurelle fondée sur l'appréciation de l'impact de l'opération en termes d'addition de parts de marché et d'augmentation de la concentration. Il s'agit par exemple de mieux apprécier la proximité concurrentielle des parties en mesurant les ratios de diversion entre les biens qu'elles produisent, pour évaluer l'ampleur de l'incitation de la nouvelle entité à augmenter ses prix (par exemple, indices UPP, etc.). ♦

*Propos recueillis par Chloé MATHONNIÈRE  
Rédactrice en chef*