



# Séminaire NASSE

## SYNTHÈSE DES INTERVENTIONS ET DÉBATS

### Séance du 10 novembre 2023

#### « ENJEUX CONTEMPORAINS DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS »

##### Animé par :

- **Étienne Chantrel**, chef du service des concentrations à l'Autorité de la concurrence

##### Intervenants :

- **Anne Perrot**, économiste et inspectrice générale des finances, professeur à l'Université Paris-I
- **Jacques-Philippe Gunther**, associé aux bureaux de Paris et Bruxelles, co-dirigeant du département *Antitrust & Competition* de Latham & Watkins

**Comme le rappelle Étienne Chantrel dans son introduction, le contrôle des concentrations des entreprises (fusions, acquisitions) est un thème central dans la vie économique, qui voit en permanence émerger de nouvelles problématiques économiques et juridiques.** En 2023, trois questions occupent notamment l'actualité.

1. Observe-t-on **une divergence ou une convergence des politiques de contrôle des concentrations entre les États-Unis et l'Union européenne (UE)** ?
2. Comment **concilier la concurrence et les enjeux de souveraineté**, dans le contexte de l'*Inflation Reduction Act* américain et des risques de crises d'approvisionnement mis en lumière par la pandémie de Covid-19 ?
3. Quelles conséquences pourrait avoir **la révision en cours des règles européennes concernant la définition du marché pertinent**, instrument indispensable du contrôle des concentrations qu'il convient d'adapter à l'aune de la révolution numérique ?

## **1. Convergence ou divergence transatlantique des politiques de contrôle des concentrations**

**Anne Perrot souligne qu'au cours des trente dernières années, les politiques de contrôle des concentrations ont été significativement moins strictes aux États-Unis que dans l'UE, comme documenté dans les travaux de T. Philippon<sup>1</sup> et, à un moindre degré, de l'OCDE<sup>2</sup>.** La concentration des entreprises s'est structurellement accrue sur les deux continents, en raison d'une transformation du tissu

industriel (davantage de coûts fixes) et du développement des plateformes numériques à forts effets de réseau. Toutefois, au-delà de cette tendance commune, le renforcement de la concentration des entreprises a été beaucoup plus marqué aux États-Unis qu'il ne l'a été dans l'UE. Selon les travaux de T. Philippon, ceci est directement attribuable à une politique de contrôle des concentrations étatsunienne plus laxiste, et se traduit par une perte de pouvoir d'achat pour les ménages américains.

**À l'inverse, l'UE s'est plutôt distinguée, depuis l'instauration du marché unique, par une mise en œuvre assez stricte du contrôle des concentrations.** Si la Commission refuse assez peu de fusions dans les faits, les décisions qu'elle a rendues ont pu avoir pour effet de dissuader certains projets de concentration, avant leur examen par les autorités. Cette doctrine restrictive du contrôle des concentrations est accentuée par le fait que la Commission tend, en cas de projet de fusion nécessitant des ajustements pour être accepté, à privilégier l'élaboration de remèdes « structurels »<sup>3</sup> plutôt que de remèdes « comportementaux »<sup>4</sup>.

**Un changement de paradigme est toutefois perceptible dans l'UE depuis le refus de la fusion Alstom-Siemens en 2019.** Ce blocage avait suscité de nombreuses critiques sur les entraves à l'émergence de champions européens, et entraîné un relatif assouplissement du contrôle des concentrations. Ceci se confirme depuis la crise sanitaire avec la réémergence de forts enjeux de souveraineté.

**Jacques-Philippe Gunther poursuit l'intervention d'Anne Perrot en soulignant qu'après des années de divergence, la tendance du début des années 2020 est**

---

<sup>1</sup> Philippon, T. (2022), *Les gagnants de la concurrence. Quand la France fait mieux que les États-Unis*, Seuil.

<sup>2</sup> Bajgar M., G. Berlingieri, S. Calligaris, C. Criscuolo et J. Timmis (2019) : « Industry Concentration in Europe and North America », OECD Productivity Working Papers, n° 18.

<sup>3</sup> C'est-à-dire portant sur la structure du marché (par exemple des cessions d'actifs : enseignes, marques, sociétés, usines).

<sup>4</sup> C'est-à-dire visant les agissements de la nouvelle entité (par exemple sa politique commerciale).

**plutôt à la convergence des politiques de contrôle des concentrations étatsunienne et européenne.** Cette dynamique est portée par un double effet : d'une part, l'assouplissement observé en Europe à la suite du refus de la fusion Alstom-Siemens ; d'autre part, un certain durcissement du contrôle des concentrations aux États-Unis, marqué par un nombre record d'opérations contestées par le *Department of Justice*. Ce renforcement est essentiellement lié à l'arrivée de l'administration Biden, mais ses premières prémices pouvaient déjà être observées à la fin de l'administration Trump, avec la prise de fonction de magistrats animés d'une vision nouvelle du droit de la concurrence.

**Cette convergence générale et assez récente quant au niveau général de sévérité des autorités européenne et étatsunienne s'accompagne toutefois d'une certaine divergence dans les principes et les approches juridiques utilisés, ce qui peut conduire à des désaccords sur certaines affaires.** En 2022, la *Federal Trade Commission* (FTC) américaine a notamment tenté de bloquer le rachat de l'éditeur de jeux vidéos Activision par Microsoft, alors que la Commission européenne l'avait validé après avoir examiné les remèdes aux risques concurrentiels proposés par Microsoft. Ces remèdes consistaient notamment à accorder une licence permettant aux fournisseurs de services de streaming de jeux en nuage (« *cloud* ») de diffuser tous les jeux d'Activision pour une durée de dix ans. La FTC considérait que certaines franchises populaires d'Activision n'apparaîtraient que sur la console de Microsoft (Xbox), bloquant ainsi leur disponibilité sur les autres systèmes de jeu<sup>5</sup>. La tentative de blocage du rachat d'Activision par la FTC a toutefois été rejetée en 2023 par un juge fédéral américain.

**Étienne Chantrel conclut cette première partie en relevant un point de divergence supplémentaire dans la mise en œuvre du**

**contrôle des concentrations entre les États-Unis et l'UE : la prise en compte des enjeux liés au marché du travail.** Aux États-Unis, les autorités accordent désormais une attention importante au pouvoir de marché que sont susceptibles d'exercer certaines entreprises en matière d'accès des travailleurs au marché de l'emploi. Par exemple, dans les bassins d'emploi où une seule entreprise est implantée, celle-ci se retrouve en position de monopsonne sur le marché du travail et dispose alors d'un pouvoir de marché (en matière de salaires, de conditions de travail, etc.). Cette problématique n'est pour le moment pas prise en compte dans l'UE.

## 2. Conciliation de la politique de concurrence et des enjeux de souveraineté

Étienne Chantrel indique que la réflexion autour de la conciliation entre politique de concurrence et enjeux de souveraineté nécessite de prendre du champ par rapport à la question du contrôle des concentrations *stricto sensu*. Elle invite notamment à prendre en considération d'autres outils à la disposition du régulateur, comme le contrôle des investissements étrangers ou le contrôle des subventions.

Jacques-Philippe Gunther rappelle que, concernant les subventions publiques, la problématique majeure au niveau européen réside dans le fait que l'UE applique un contrôle assez strict aux subventions accordées à ses propres entreprises, tandis que la Chine et, dans une moindre mesure, les États-Unis, subventionnent massivement leur tissu économique et industriel. Cela crée des conditions de concurrence inéquitables (problème de « *level playing field* ») en faveur de certaines entreprises étrangères opérant en Europe. Dans cette perspective, la Commission européenne a mis en place en 2022 un

---

<sup>5</sup> Le sujet de la concurrence dans les jeux vidéos sera le thème de la séance du séminaire Nasse qui aura lieu au 2<sup>e</sup> trimestre 2024.

règlement européen sur le contrôle des subventions étrangères. Cet outil vient compléter la réglementation sur les aides d'État dans la mesure où il peut être mobilisé juridiquement par les entreprises européennes pour attaquer en justice certains de leurs concurrents issus de pays tiers. Si nécessaire, la Commission peut alors être chargée de proposer des remèdes, pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'une concentration impliquant des subventions, ou au refus de l'attribution d'un marché public. Jusqu'à présent (novembre 2023), elle n'a pas encore été amenée à le faire, les deux saisines *ex officio* effectuées jusqu'ici étant liées au secteur du football (notamment Liga vs Paris-Saint-Germain) et ne rentrant pas dans le périmètre prévu par les autorités européennes. Il existe néanmoins un risque que les entreprises issues de certains pays sous-déclarent les subventions publiques qu'elles perçoivent, sans que la Commission ait moyen de s'en assurer.

**Étienne Chantrel précise que si le contrôle des subventions a été mis en place aussi tardivement dans l'UE, c'est également car la littérature économique n'est pas unanime quant à son bien fondé.** En effet, les risques liés à la concurrence déloyale (éviction potentielle des entreprises européennes, etc.), qui sont indirects et à long terme, sont à mettre en regard de ses effets positifs directs et immédiats pour le consommateur au sein du pays dans lequel opère l'entreprise subventionnée par une puissance publique étrangère (prix plus bas car il bénéficie d'une offre subventionnée à fonds perdu par un contribuable étranger, etc.).

**Anne Perrot ajoute que la prise en compte des enjeux de souveraineté est à la croisée de trois grands types de politiques publiques : la politique de concurrence, la politique industrielle et la politique**

**commerciale.** La complexité de leur articulation, porteuse d'effets parfois antinomiques, rend difficile la définition d'objectifs clairs de politique publique, pourtant essentielle.

**La mise en place récente de l'*Inflation Reduction Act* aux États-Unis<sup>6</sup> et les risques de rupture d'approvisionnement mis en exergue par la pandémie de Covid-19 ont récemment remis en lumière le caractère crucial des enjeux de souveraineté.** Les travaux d'I. Méjean et X. Jaravel<sup>7</sup> ont tâché d'identifier précisément, au sein des chaînes de valeur, les secteurs et les stades de production où il existe un risque de dépendance majeur par rapport à un pays tiers. Étant donné que la garantie de la souveraineté se fait souvent au détriment du prix payé par le consommateur, la primauté de la politique industrielle ou commerciale sur la politique de la concurrence doit ainsi être limitée aux seuls secteurs véritablement stratégiques.

### **3. Conséquences de la révision en cours des règles européennes concernant la définition des marchés pertinents**

**Étienne Chantrel rappelle que l'exercice de délimitation d'un marché pertinent vise à identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre des entreprises concernées par un projet de fusion.** Ce périmètre présente une double dimension : de produits et géographique. **Une révision de la communication de la Commission européenne sur la définition des marchés pertinents, rendue indispensable par la transformation du tissu économique mondial<sup>8</sup>, est proche d'aboutir.**

**Anne Perrot et Jacques-Philippe Gunther expliquent que la nouvelle communication devrait notamment comporter des**

---

<sup>6</sup> Notamment les incitations fiscales accordés aux industries vertes dès lors qu'elles sont implantées sur le sol américain.

<sup>7</sup> Méjean I., Jaravel X. (2021), *Quelle stratégie de résilience dans la mondialisation ?* Note du Conseil d'Analyse économique.

<sup>8</sup> La communication datait en effet de 1997. La révision a été entamée en 2020 et devrait aboutir d'ici la fin de l'année 2023.

### **ajustements permettant de mieux prendre en compte les spécificités liées au numérique.**

En particulier, le texte devrait préciser la façon dont le marché pertinent doit être défini dans des cas impliquant des plateformes bifaces ou multifaces, qui génèrent par nature de forts effets de réseau. Des alternatives au test du « monopoleur hypothétique » (« *small but significant and non-transitory increase in price* », SSNIP), peu adapté dans le cas de services ou produits à prix nuls, devraient également être proposées. L'utilisation du test SSNDQ (« *small but significant non-transitory decrease in quality* »), qui permet de mieux prendre en compte des éléments clés pour ce type de marchés (comme l'innovation et la qualité), devrait notamment être formalisée dans certaines situations. ***In fine*, la Commission devrait surtout s'attacher à formaliser des pratiques déjà en place** dans la jurisprudence en matière de contrôle des concentrations.

**Étienne Chantrel conclut cette partie en rappelant que la notion de marché pertinent ne constitue que l'un des outils dont dispose le régulateur pour mesurer la concurrence entre des entreprises données**, même si elle est souvent privilégiée car elle est plus aisée et rapide à utiliser par les autorités de concurrence. Certaines autorités nationales, notamment au Royaume-Uni, choisissent d'ailleurs de ne pas y recourir (sauf dans de rares exceptions).

#### **4. Questions de la salle**

**La première question du public aborde la prise en compte des enjeux environnementaux par la politique de concurrence.** Les intervenants soulignent que les distorsions de concurrence liées à l'existence de normes environnementales moins contraignantes pour les entreprises extra-européennes relèvent essentiellement de la politique commerciale. Les sujets environnementaux directement liés à la politique de la concurrence concernent surtout

les restrictions de concurrence qui pourraient être contrebalancées par des gains d'efficacité environnementaux. Dans cette perspective, la Commission européenne a d'ailleurs récemment révisé ses lignes directrices pour permettre des accords horizontaux entre entreprises dans le cas où des avantages environnementaux en résulteraient.

**La deuxième question du public interroge la possibilité d'une réelle divergence entre les politiques de contrôle des concentrations européenne et américaine**, alors que les États-Unis se sont ces dernières années fortement rapprochés des standards de l'UE en matière de sévérité. Jacques-Philippe Gunther précise que l'indéniable convergence en cours, portée par le nouveau volontarisme des autorités de régulation américaines, peut toutefois s'accompagner de divergences dans les principes juridiques appliqués. Cela peut conduire la FTC à se montrer plus sévère que la Commission européenne dans certaines affaires (cf. rachat d'Activision par Microsoft).

**La troisième question du public porte sur la réponse qu'il convient d'apporter aux vulnérabilités ou aux pertes de souveraineté identifiées dans certains secteurs.** Anne Perrot indique qu'un éventail de mesures est envisageable, de la diversification des approvisionnements jusqu'à la relocalisation de certaines industries. Elle souligne également que la relocalisation est loin de toujours constituer la meilleure solution, du fait de son coût et de l'existence d'effets de bord. Au début des années 2000, les fortes barrières douanières mises en place par l'administration Bush sur l'acier chinois, destinées à préserver les emplois de l'industrie sidérurgique étasunienne, avaient ainsi entraîné des destructions d'emploi dans l'automobile et la construction, car la hausse du coût de l'acier avait induit des pertes de compétitivité dans ces secteurs.

Pour toute information complémentaire, consultez le site de la DG Trésor.