

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Les effets non tarifaires des fusions - Contribution de la France

6 juin 2018

Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre du point 4 de la 129^{ème} réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE tenue du 6 au 8 juin 2018.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur :
www.oecd.org/daf/competition/non-price-effects-of-mergers.htm.

Contact : M. Antonio Capobianco, expert de la concurrence de haut niveau

Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org.

JT03432938

France

Introduction

1. L'analyse des effets d'une concentration sur l'environnement concurrentiel porte à titre principal sur la capacité pour l'entité fusionnée à augmenter ses prix à un niveau supra-concurrentiel. Cette approche par les prix ne permet cependant pas de pleinement rendre compte de la diversité des nouveaux modèles d'affaires dont les autorités de concurrence ont à connaître dans le cadre du contrôle des concentrations. Ceux-ci se sont fortement développés dans la période récente, fondés sur la gratuité des services, la qualité et l'innovation, notamment dans l'économie numérique mais également dans le secteur des biotechnologies. Ils posent aux autorités de nouveaux défis et requièrent une inflexion des instruments quantitatifs traditionnels, pour améliorer la perception de la réalité des marchés. Dans un tel contexte, les effets non-tarifaires revêtent une importance croissante, et il incombe au régulateur concurrentiel d'en tirer les conséquences en nourrissant son analyse, dans le cadre du contrôle des concentrations, des apports d'une approche qualitative.

2. Les textes européens et français encadrant le contrôle des concentrations ne prévoient pas de définition des effets non tarifaires. La notion est ainsi complexe et potentiellement vaste dans la mesure où elle est seulement définie *a contrario*, en ce qu'elle ne s'intéresse pas à l'augmentation des prix. Ses contours n'étant pas nettement tracés, elle est en outre susceptible d'inclure des problématiques qui ne relèvent pas du champ du droit de la concurrence, ce qui peut conduire à des difficultés d'appréhension pour les autorités de concurrence.

3. La détermination du périmètre des effets non tarifaires peut cependant être recherchée par référence aux principes qui guident le contrôle des concentrations, en termes d'efficacité, de rapidité, et de prévisibilité, ainsi qu'aux exigences posées par la jurisprudence des juridictions de contrôle.

4. À cet égard, *les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales* (considérant 8) de la Commission européenne énoncent¹ que, lors de l'analyse des effets d'une opération, il s'agit d'empêcher la réalisation des opérations qui, « *en augmentant significativement le pouvoir de marché de certaines entreprises* », priveraient les consommateurs des avantages générés par une concurrence effective, « *comme des prix modiques, des produits de qualité, un grand choix de biens et de services et l'innovation* ».

5. De la même manière, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») relatives au contrôle des concentrations soulignent que « *le contrôle des concentrations poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur la compétitivité globale de l'économie, l'innovation et le bien-être des consommateurs (...)* »². Elles précisent par ailleurs qu'une

¹ Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C 31/03, §8.

² Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, §317.

« concentration entre deux entreprises présentes sur un même marché peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles. Il est en effet possible qu'après l'opération, la nouvelle entité puisse de façon profitable augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs »³.

6. Dans ce contexte, le contrôle des concentrations excède légitimement la seule analyse des prix, et inclut les effets non-tarifaires de l'opération notifiée. Ceux-ci peuvent s'entendre de l'ensemble des paramètres de concurrence, autres que le prix, susceptibles d'être affectés par la réalisation d'une opération de concentration et qui ont un impact sur la compétitivité globale de l'économie, l'innovation et le bien-être des consommateurs, tels que le niveau de production, le choix ou la qualité des biens et services, et l'innovation.

7. Le champ de la notion d'effets non tarifaires des opérations de concentration a été délimité de manière incrémentale au fil de sa prise en compte dans la pratique décisionnelle de l'Autorité, à l'occasion du traitement de questions spécifiques soulevées par les opérations qu'elle a été amenée à examiner.

1. La qualité des biens et services : les exemples du secteur hospitalier et du commerce de détail

1.1. Le secteur hospitalier

8. Plusieurs autorités de concurrence en Europe ont prêté une attention particulière au secteur hospitalier.

9. Dans le système de santé français, une spécificité de l'analyse concurrentielle dans ce secteur tient à ce qu'une concentration hospitalière n'est pas susceptible d'entraîner une hausse des prix des prestations de soins. Ceux-ci, pour les établissements de soins publics comme privés, sont régulés et fixés annuellement au niveau national, dans le cadre d'un système de tarification à l'activité, auquel les établissements de santé ne peuvent déroger. Par conséquent, les cliniques privées ne peuvent pas, du fait du cadre réglementaire applicable, augmenter unilatéralement le tarif des soins. Seule la tarification des prestations annexes, dites « hôtelières » (chambre individuelle, ligne téléphonique, télévision...) est à la discrétion des établissements.

10. Le 30 janvier 2017, la Commission européenne a renvoyé à l'Autorité l'examen du rachat du troisième groupe de cliniques privées en France, Médipôle Partenaires, par le deuxième opérateur, Elsan – la structure actuelle de ces entités résultant du reste d'opérations de concentrations précédemment autorisées par l'Autorité, en 2014 et 2015.

11. L'Autorité a d'abord rappelé combien le secteur de la santé présente des modalités de fonctionnement économique et réglementaire spécifiques, qui impliquent que l'effet de la concentration entre établissements de santé « fait l'objet d'une analyse au regard de la protection du bien-être des patients, mais aussi des intérêts des praticiens

³ Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, §392.

qui proposent leurs services aux établissements de santé et des performances du système actuel de régulation des soins et des diagnostics hospitaliers en France ».

12. Dans le contexte réglementaire spécifique à ce secteur, tel que rappelé plus haut, l'Autorité a donc entrepris d'examiner l'éventuel effet-prix de l'opération de concentration sur le seul segment des prestations annexes où existe une marge de manœuvre tarifaire, et d'étudier par ailleurs les effets potentiels de ce rapprochement sur la qualité et la diversité des services offerts. La possible dégradation de la qualité est certes contenue par les contrôles exercés par les autorités sanitaires, mais cependant la réorganisation des services et la réallocation des moyens intervenant en conséquence de la fusion sont susceptibles de réduire la diversité des soins accessibles aux patients dans une zone géographique donnée.

13. L'Autorité a ainsi pris en compte dans son examen les effets sur la qualité de l'opération proposée. Elle a considéré que l'opération présentait, outre un risque de hausse des prix des prestations hôtelières, un risque de réduction de la diversité de l'offre de soins, dans trois départements du territoire métropolitain. Cela a pu être démontré notamment grâce à une large consultation des acteurs du marché – autorités sanitaires, opérateurs concurrents publics et privés, organismes d'assurance maladie, mutuelles...

14. En effet, selon une majorité des répondants au test de marché, la détention par un même groupe d'une part de marché supérieure à 50 % dans plusieurs « catégories majeures de diagnostic » (terminologie applicable en l'espèce à la sous-segmentation des marchés concernés), ou de plus de 50 % des établissements de santé dans un marché géographique pertinent, est susceptible d'inciter la nouvelle entité non seulement à augmenter le prix des prestations annexes, mais aussi à rediriger ses moyens vers les spécialités générant le plus d'activité, au détriment des moins rentables – une stratégie de nature à entraîner une dégradation de l'accès, de la diversité et donc de la qualité de l'offre de soins hospitaliers.

15. En réponse à ces préoccupations, des engagements ont été proposés par Elsan, consistant d'une part en la cession de trois établissements de soins dans les zones géographiques concernées, et d'autre part, en l'obligation de garantir la liberté des praticiens souhaitant exercer à la fois dans ses cliniques et celles de groupes concurrents. L'Autorité a autorisé l'opération, qui a abouti à la création d'un groupe de cliniques privées au même niveau que le principal acteur du secteur, Ramsay Générale de santé⁴.

1.2. Le commerce de détail

16. Dans le secteur du commerce de détail, l'Autorité a eu de même l'occasion de placer l'intérêt du consommateur au centre de l'analyse concurrentielle, en s'attachant à examiner, au titre des effets non tarifaires, la question de l'impact de l'opération proposée sur la qualité de service.

17. Le 17 février 2016, le groupe Fnac a notifié à l'Autorité son projet d'acquisition de la société Darty. La Fnac est active principalement dans le secteur de la distribution de produits éditoriaux (livres, musique, vidéo ...), électroniques (photographie, TV-vidéo, son, micro-informatique, consoles et jeux vidéo), et la billetterie. Darty est active dans la distribution de produits de petit et gros électroménager, dits produits blancs, de produits

⁴ Décision n° 17-DCC-95 du 23 juin 2017.

de communication et multimédia, dits produits gris (ordinateurs, tablettes, smartphones...), et de produits dits bruns (téléviseurs, appareils photo, lecteurs MP3, DVD...). Le 23 mars 2016, l'Autorité a ouvert une phase d'examen approfondi (phase 2) pour examiner, notamment, la concurrence exercée par les opérateurs de vente en ligne sur les marchés de la vente au détail de produits électroniques et ses conséquences sur la délimitation des marchés concernés par l'opération.

18. Cette décision a été marquante principalement en ce que, s'agissant de la définition des marchés pertinents, l'Autorité a pour la première fois intégré dans son analyse du marché de la distribution au détail des produits bruns et gris, de manière inédite en Europe, la concurrence exercée par les ventes en ligne, provenant tant des sites des enseignes que des *pure players* (notamment Amazon et Cdiscount),) l'égard des enseignes physiques. Elle a considéré que les deux canaux de vente appartenaient désormais à un même marché.

19. Afin d'étayer cette analyse, elle s'est notamment appuyée sur deux sondages réalisés au cours de l'instruction dont, pour la première fois dans sa pratique décisionnelle, un sondage en ligne commandé par l'Autorité auprès d'un institut de sondage, portant sur un échantillon représentatif de plus de 20.000 personnes. Or ce sondage a permis d'identifier un risque de dégradation de l'offre qualitative des parties à l'issue de l'opération.

20. Il a en effet été mis en évidence que la qualité de service était un facteur concurrentiel déterminant pour les consommateurs sur ce marché, la majorité des personnes interrogées ayant indiqué qu'elles n'auraient pas réalisé leur dernier achat à la Fnac (entre 52,2 % et 55,8 %) ou chez Darty (entre 51,8 % et 60,1 %) si la qualité de service proposé avait été moins bonne. Aux termes de la question qui leur était posée, la baisse de qualité s'entendait notamment comme l'absence de vendeur pour conseiller les consommateurs, la mauvaise exposition des produits, des horaires d'ouverture réduits, ou un temps d'attente important en caisse. Il a ainsi été montré qu'une dégradation de la qualité entraînerait un report de la majorité des consommateurs, et les effets non-tarifaires de l'opération ont pu être mesurés.

21. L'opération était d'autant plus susceptible d'affecter la qualité de service dans les magasins de l'entité fusionnée que ceux-ci étaient situés dans des zones où la pression concurrentielle était moindre. Ces carences ont notamment été identifiées à Paris et dans une partie de la région parisienne, où la nouvelle entité aurait disposé d'un pouvoir de marché important, insuffisamment contraint par la concurrence des autres enseignes.

22. En l'espèce, l'Autorité a autorisé l'acquisition après une phase d'examen approfondi, sous réserve d'engagements structurels tendant à remédier aux préoccupations identifiées, consistant en la cession par le groupe Fnac de six magasins situés à Paris et dans la région parisienne⁵.

⁵ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016.

2. Le pluralisme et la diversité de l'offre : le cas du secteur de la presse et des médias

2.1. Le cas de l'audiovisuel

23. L'impact sur le pluralisme et la diversité ont été identifiés, par le régulateur concurrentiel français, comme un effet non-tarifaire pertinent à prendre en compte lors de l'examen de projets d'acquisitions dans le secteur de la culture et des médias.

24. Une illustration pertinente a pu en être donnée lors d'une opération intervenue entre les deux principaux opérateurs du secteur de la télévision payante en France, Canal Plus et TPS. La décision initiale d'autorisation conditionnelle avait été donnée en 2006⁶ – par le ministre de l'économie, alors compétent – sous réserve de la mise en œuvre d'une série de remèdes comportementaux, et retirée en 2011⁷ au vu de plusieurs entorses à la mise en œuvre de ces derniers.

25. Une nouvelle décision d'autorisation a été délivrée en 2012⁸, assortie d'une série d'injonctions, d'une durée de cinq ans, qui tendaient notamment à favoriser la diversité des acteurs du secteur de la télévision payante, afin que puisse émerger une offre plus accessible pour les consommateurs.

26. Ces mesures correctives ont cherché à créer des conditions favorables à la diversification et au développement par les fournisseurs d'accès à internet de leur offre de télévision payante, en leur permettant pour ce faire un meilleur accès à un marché de gros de chaînes de télévision payantes attractives. Les remèdes ainsi imposés ont été également conçus en vue de préserver la diversité éditoriale en garantissant aux chaînes indépendantes des conditions de distribution équivalentes aux chaînes éditées par le groupe Canal Plus, en renforçant leur pouvoir de négociation face à celui-ci et en permettant aux distributeurs alternatifs de les reprendre afin de constituer des bouquets attractifs. Enfin, les injonctions se sont attachées à ne pas remettre en cause le système de financement du cinéma français, structuré autour d'un acteur verticalement intégré (combinant les rôles d'éditeur et de distributeur) et d'une chaîne premium qui est le principal contributeur au financement de la création française. L'Autorité a considéré que le volume et la qualité de cette production bénéficiaient au consommateur final et elle a été soucieuse de ne déstabiliser ni l'équilibre du système d'auto-distribution, ni l'intégration verticale entre l'éditeur Canal Plus et l'agrégateur de chaîne et distributeur que constitue CanalSat.

27. Le champ et la consistance de ces injonctions ont été réexaminés en 2017⁹, à l'approche de l'expiration de leur validité. À cette occasion, et après avoir conduit une analyse approfondie des évolutions du secteur, l'Autorité a modifié les obligations pesant sur le groupe Canal Plus, tout en maintenant son attention au rôle particulier dévolu à cet acteur en matière de financement de la production cinématographique d'expression

⁶ Décision (NOR : ECOC0600258Y) du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006.

⁷ Décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011.

⁸ Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

⁹ Décision n° 17-DCC-92 du 22 juin 2017 portant réexamen des injonctions de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

française. Compte tenu des transformations profondes auxquelles a été soumis ce secteur, l'Autorité a décidé que ce nouveau dispositif serait applicable jusqu'au 31 décembre 2019.

2.2. La presse écrite

28. D'une manière comparable, le secteur de la presse écrite a fait l'objet d'une prise en compte de l'objectif de pluralisme dans plusieurs décisions de concentrations.

29. Ainsi, l'Autorité a été conduite à exiger, lors de la prise de contrôle exclusif du groupe l'Est Républicain par la Banque Fédérative du Crédit Mutuel¹⁰ (juillet 2011), la mise en œuvre de remèdes permettant d'obvier à une homogénéisation du contenu des titres, qui se serait traduite pour le consommateur par une réduction de la qualité et de la diversité des journaux de presse quotidienne régionale, tenue pour constitutive d'une atteinte à la concurrence. Des engagements ont été souscrits par les parties, tendant à sauvegarder la diversité des contenus, à maintenir des rédactions en chef dédiées, et à garantir la diffusion des titres de presse locale faisant l'objet de l'acquisition dans les zones concernées.

30. Des engagements similaires ont été souscrits lors de la prise de contrôle exclusif par le groupe de presse belge Rossel des sociétés du Pôle Champagne-Ardenne-Picardie du groupe Hersant Média en 2013¹¹, ainsi qu'à l'occasion du rachat du groupe le Journal du Midi (propriétaire notamment du quotidien régional Midi Libre) par le groupe la Dépêche du Midi en 2015¹².

2.3. L'interaction avec le régulateur sectoriel

31. Dans le secteur des médias, cette prise en compte du pluralisme au titre des effets non tarifaires d'une opération de concentration s'inscrit dans le contexte spécifique de l'interaction entre les missions respectives du régulateur concurrentiel et du régulateur sectoriel, en l'espèce le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

32. Dans un contexte où l'Autorité est chargée de l'ensemble de la régulation concurrentielle, sans partage de compétence sur un quelconque secteur, l'articulation entre les deux autorités passe ainsi par un mécanisme de consultation réciproque obligatoire. Ainsi, l'Autorité saisit le CSA pour avis lorsqu'elle instruit une affaire ou examine une opération dans le secteur des médias, et le CSA est tenu de saisir l'Autorité quand il est saisi d'un règlement de différend dont les faits sont susceptibles de constituer aussi des pratiques anticoncurrentielles (articles 17, 24 et 41-4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986). Ce cadre de coopération permet une convergence des objectifs poursuivis par chaque autorité, dans son champ de compétence exclusif et, pour le régulateur concurrentiel, constitue un environnement favorable à sa prise en compte informée, au titre des effets non tarifaires d'une opération de concentration, d'une notion telle que le pluralisme.

¹⁰ Décision n° 11-DCC-114 du 12 juillet 2011.

¹¹ Décision n° 13-DCC-46 du 16 avril 2013.

¹² Décision 15-DCC-63 du 4 juin 2015.

33. Dans un avis rendu à la demande du CSA relatif à l'impact concurrentiel du basculement sur la TNT gratuite de trois chaînes de télévision, l'Autorité a ainsi eu l'occasion d'explicitier que sa propre analyse était conduite sans préjudice de celle du CSA, la mission de défense du pluralisme étant confiée au seul CSA en ce domaine, mais que « *le droit de la concurrence se devait de prendre en compte, au titre de l'objectif général de la protection du consommateur, la diversité et le pluralisme des éditeurs, en ce qu'ils constituent une expression particulière de l'accès du consommateur à une offre de biens et services diversifiés et innovants* »¹³.

3. Conclusion - Un périmètre délimité par le principe d'efficacité du contrôle des concentrations

34. Les effets non tarifaires peuvent être complexes à appréhender, et ce dans un contexte où le contrôle des concentrations obéit à un impératif d'efficacité, de célérité, et de prévisibilité, tant dans l'intérêt des parties notifiantes qu'au bénéfice de l'économie des ressources du régulateur. La distinction entre les effets prix et les effets non-tarifaires d'une opération peut s'avérer malaisée à établir, compte tenu par exemple de la corrélation entre le prix et la qualité ou l'innovation, et certains paramètres de concurrence peuvent être délicats à évaluer, notamment s'agissant de la problématique de la protection de la vie privée et de l'utilisation des données dans le secteur du numérique. Pour autant, l'analyse des effets non-tarifaires au cours de l'examen d'une opération de concentration se doit d'être conduite en préservant l'efficacité procédurale recherchée par l'autorité de concurrence ou la sécurité juridique due des entreprises.

35. Il est probable que la question des effets non-tarifaires continuera de revêtir une importance croissante. En effet, des réflexions sont menées au niveau européen par la Commission européenne et l'Autorité quant à l'opportunité de mettre en place des seuils alternatifs leur permettant d'examiner des opérations mises en œuvre dans des secteurs innovants et pour lesquelles les chiffres d'affaires peuvent être faibles malgré un montant de la transaction élevé et des effets concurrentiels probables. L'Allemagne et l'Autriche ont franchi le pas en introduisant des seuils alternatifs de valeur de la transaction. Les effets non-tarifaires sont au cœur de ces réflexions et joueront un rôle central dans l'analyse concurrentielle de ces opérations impliquant des acteurs dont les produits ou services sont proposés à titre gratuit ou n'ont pas encore été valorisés sur un marché. Ce nouvel enjeu, qui fait écho à l'intense activité de croissance externe dans les secteurs du numérique ou de la biotechnologie, est un sujet d'intérêt pour l'entière communauté internationale de la concurrence.

¹³ Avis n° 15-A-14 du 21 octobre 2015 relatif à une demande d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le fondement de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 sur la demande de passage sur la plateforme de TNT gratuite des chaînes LCI, Paris Première et Planète +, §80.