

Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy

16th Session

5-7 July 2017

Room XVII, Palais des Nations, Geneva

Thursday, 6 July 2017

Afternoon Session

Agenda Item 3b. Challenges faced by young and small competition agencies in the design of merger control

Presentation by the keynote speaker

Mr. Robert Saint-Esteben

Bredin Prat

This material has been reproduced in the language and form as it was provided. The views expressed are those of the author and do not necessarily reflect the views of UNCTAD.



**LES DÉFIS DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS
POUR LES JEUNES ET PETITES AUTORITÉS DE
CONCURRENCE**

CNUCED
**16^{ÈME} SESSION DU GROUPE INTERGOUVERNEMENTAL D'EXPERTS EN DROIT
ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE**

GENÈVE - 6 JUILLET 2017

Robert SAINT-ESTEBEN
Avocat au Barreau de Paris

BREDIN PRAT

TROIS REMARQUES PRÉALABLES

- ▲ 1. **VISION D'UN MODESTE « USAGER » DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE**
 - ▲ Quelques idées générales et simples (trop ?) tirées d'une pratique longue et diversifiée

- ▲ 2. **MÊME LES « GRANDES » AUTORITÉS ONT ÉTÉ... JEUNES ET PARFOIS MÊME « PETITES »**

- ▲ 3. **DES « GRANDS » PAYS PEUVENT AVOIR EN LEUR SEIN DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES JEUNES ET PETITES**
 - ▲ Ex. France :
 - ▲ Autorité polynésienne (2015)
 - ▲ Autorité de Nouvelle Calédonie (2014), toujours en cours d'installation

SOMMAIRE

▲ Les deux catégories de défis

▲ I. Les défis communs à toutes autorités de concurrence contrôlant les concentrations

- ▲ La crédibilité
- ▲ L'efficacité

▲ II. Les défis particuliers des jeunes et petites autorités

- ▲ M. Jacques Mérot, Président de l'Autorité polynésienne de la concurrence

« ... Il ne faut pas être jusqu'au-boutiste : il faut tenir compte

- *De là où on est*
- *De là où on vient*
- *De là où on veut aller... »*

(interview du 21 juin 2016, www.tahiti-infos.com)



I. LES DÉFIS COMMUNS À TOUTE ANC (1/5)

▲ I.1. CRÉDIBILITÉ

▲ A. UNE EXIGENCE PARTICULIÈRE POUR LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS (EX. ANTE ET SUSPENSIF)

- ▲ Blocage de l'opération pendant une période plus ou moins longue
- ▲ Engagements structurels ou même comportementaux lourds
- ▲ Interdiction

▲ CONFIANCE INDISPENSABLE

- ▲ Respect des obligations (notification...)
- ▲ Respect des délais
- ▲ Respect des décisions par les opérateurs

▲ RÉCIPROCITÉ : déclarations non vérifiables par l'autorité dans les délais brefs

▲ ÉLÉMENT AGGRAVANT

- ▲ Recours en pratique peu efficaces car tardifs
- ▲ Le temps judiciaire ≠ du temps des affaires

I. LES DÉFIS COMMUNS À TOUTE ANC (2/5)

▲ B. CONDITIONS DE LA CRÉDIBILITÉ

- ▲ a) clarté de règles
- ▲ b) clarté et transparence de la procédure
- ▲ c) « Indépendance »

▲ a) en amont : la clarté des règles

▲ a.1. Notions de base pour le champ du contrôle

- Définition de la concentration (cas particuliers : J.V., participations minoritaires...)
- Éléments déterminants la notificabilité (PDM ou calcul des chiffres d'affaires)

I. LES DÉFIS COMMUNS À TOUTE ANC (2/5)

▲ B. CONDITIONS DE LA CRÉDIBILITÉ (2)

▲ a) en amont : la clarté des règles (2)

▲ a. 2. Notions de base pour le critère du contrôle

▲ Uniquement concurrentiel ?

Si oui, lequel ?

- « *Monopole* » ?
- Position dominante ?
- Restriction sensible de la concurrence ?
- Mixte ?

▲ Quid des autres intérêts généraux ?

- Politique industrielle
- Compétitivité internationale (champions nationaux)
- Politique sociale, etc.
- Autres : ex. Afrique du sud
- Inclus ou non ? Comment ?

I. LES DÉFIS COMMUNS À TOUTE ANC (3/5)

▲ B. CONDITIONS DE LA CRÉDIBILITÉ (3)

▲ b) Clarté et transparence de la procédure

- ▲ Accès aux dossier
- ▲ Transparence de la procédure d'instruction
- ▲ State of play meetings
- ▲ Règles claires pour les différentes phases...
- ▲ Clarté des « *grieffs* », si examen **approfondi**
- ▲ Clarté des appréciations **juridiques et économiques**
- ▲ Rôle des tiers

I. LES DÉFIS COMMUNS À TOUTE ANC (4/5)

▲ B. CONDITIONS DE LA CRÉDIBILITÉ (4)

▲ c) La condition clef de la « *crédibilité* » : l'« *indépendance* »

▲ Pourquoi ? : cohérence du système du contrôle par une « **Autorité** »

- ▲ Clarté des rôles : l'entreprise veut savoir qui décide

▲ Le choix du système : **décision politique de départ**

- ▲ Différents systèmes possibles (ex. évolution France)

- ▲ Mais si on choisit une « *Autorité administrative indépendante* », nécessité de conserver cette logique... Tout en en connaissant les limites

▲ « *L'autorité applique le droit de la concurrence mais ne définit pas la « politique » de la concurrence... en particulier la place de la concurrence parmi les autres intérêts généraux* »

- ▲ **Partage nécessaire Autorité / Etat**

▲ Indépendance problématique, même dans l'Union européenne

- ▲ Proposition de Directive du 22 mars 2017

I. LES DÉFIS COMMUNS À TOUTE ANC (5/5)

▲ I.2. L'EFFICACITÉ

- ▲ 1. Permettre de contrôler **toutes** les opérations à **risque** pour la concurrence... et **seulement** celles-là
- ▲ 2. Adopter les **mesures correctives adaptées**... et **seulement** celles-là
- ▲ 3. Sinon risque **d'entraver les opérations bénéfiques** pour l'économie et les consommateurs
- ▲ 4. Répondre à deux exigences fondamentales des opérateurs
 - ▲ Rapidité
 - ▲ Sécurité juridique

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (1/9)

▲ INTERVIEW DE J. MEROT

▲ Il faut tenir compte

- ▲ « ... de là où on est
... de là où on vient
... de là où on veut aller »

▲ Adopter et appliquer un système adapté

- ▲ À la situation du marché et du pays (II.1)
- ▲ À son histoire (II.2)
- ▲ Aux objectifs poursuivis (III.3)

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (2/9)

▲ II.1. « ... LÀ OÙ ON EST »

▲ A. Tenir compte de la structure particulière d'un marché restreint

- ▲ Possible existence d'un **niveau élevé de concentration** sur **certains** marchés... mais à côté d'autres **marchés atomisés**
 - ▲ Ex. Polynésie : Observatoire de la concentration (outil précieux)
- ▲ Marchés plus ou moins **ouverts**
 - ▲ Fermés : risque accru de « *monopolisation* » ou positions super dominantes
 - ▲ Ouverts : difficultés d'application aux **mégaopérations multinationales**
- ▲ Liens – Réseaux : conflits d'intérêts
 - ▲ Ex. Problème Nouvelle Calédonie (difficulté d'installation)

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (3/9)

▲ B. UNE ÉVIDENCE : TENIR COMPTE DES MOYENS LIMITÉS

▲ Moyens quantitatifs

- ▲ ... Et il faut aussi traiter l'antitrust, les fonctions consultatives...

▲ Moyens qualitatifs

- Formation
- Représentation des différents intérêts et catégories (juristes, économistes, intérêts économiques...)
- Environnement juridique et économique suffisant (avocats, économistes...)
- Rôle essentiel de la science économique

- ▲ Principe de sagesse et de réalisme : ne pas se préoccuper des moyens après le choix du système...

mais adapter le système en fonction des moyens prévisibles

... Quitte à le faire évoluer

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (4/9)

▲ C. LA CONSÉQUENCE DE LA DIMENSION RÉDUITE : CHOISIR LE SYSTÈME ADAPTÉ... MAIS PERMETTANT DE RÉPONDRE AUX DÉFIS

▲ Type de contrôle

▲ Contrôle spécifique ? ≠ antitrust

- Spécifique préférable... si possible

▲ Contrôle *a priori* ou *a posteriori* ?

- *A posteriori*... souplesse mais insécurité (mais attestation négative (UEMOA)) et remèdes difficiles
- *A priori* ... danger : risque d'engorgement et donc de contrôles largement **Inutiles** ou **inefficaces**
- Malgré tout : *a priori* préférable

▲ Contrôle au delà de la concentration ?

- Ex. injonctions structurelles : « *monopoles naturels* » - France – Outre Mer
- Ou participations **minoritaires** : pas spécifique aux petites ANC
- Ou en deçà des seuils

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (5/9)

▲ C. LA CONSÉQUENCE DE LA DIMENSION RÉDUITE : CHOISIR LE SYSTÈME ADAPTÉ... MAIS PERMETTANT DE RÉPONDRE AUX DÉFIS (2)

▲ Le curseur du contrôle *a priori* : les seuils

▲ En parts de marché ?

- Risque de complexité et erreurs

▲ En valeur ?

- « aveugle ». A titre subsidiaire ?

▲ En chiffre d'affaires

- Le plus courant, mais nécessite des règles claires de calcul

- **Surtout** : choisir niveau **adéquat**

- Ex. d'impact de seuils « *bas* » :
 - **Allemagne** : Mondial 500 M€
 - Individuel 25M€ et 5M€

- **Conséquence**

2015 : 1169 décisions
 13 deuxième phase (1,2 %)
 1 interdiction } 0,2 %
 1 engagements }

... Mais notification première phase **simples**

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (6/9)

▲ C. LA CONSÉQUENCE DE LA DIMENSION RÉDUITE : CHOISIR LE SYSTÈME ADAPTÉ... MAIS PERMETTANT DE RÉPONDRE AUX DÉFIS (3)

▲ Outil pouvant « *corriger* » les effets de seuils bas

- ▲ Notifications « *simplifiées* »... En principe

- ... Mais interrogations UE

- ▲ Exemptions de notification dans certains cas sans risque réel

- ▲ Révision périodique des seuils

- Ex. Belgique: élévation des seuils en 2006

Effet : les ressources affectées passent de **80 % (!)** à moins de 50 %

- ▲ Très exceptionnellement : ex post si abus (France)

▲ Seuils sectoriels pour marchés très locaux

- ▲ Ex. Distribution au détail France... Mais moyens ?

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (7/9)

▲ II.2. « DE LÀ OÙ ON VIENT » : L'HÉRITAGE HISTORIQUE ET IDÉOLOGIQUE

▲ Culture de la concurrence ?

▲ Auparavant, économie dirigée ?

▲ Etat de la libéralisation ?

▲ Ex. en France : affaire *Farines*

▲ Prééminence de la politique industrielle (de l'exécutif) ?

▲ Ex. encore **France**, quand « contrôle jeune » (1977-1986) – (prix encore administrés)

... Puis moins jeune (1986-2001) – (contrôle par Ministre de l'économie... Facultatif) : **1999 = 27**

... Puis plus jeune du tout ! (2001-2008) – (Toujours par Ministre mais obligatoire; autorité consultée (rarement)) : **2003 = 226 décisions du Ministre... Seulement 2 avis du Conseil de la concurrence**

Maturité (2008) – Autorité décide... Mais pouvoir résiduel du Ministre... Jamais utilisé

2016 = 230 ... 6 engagements (1 seulement en phase 2)

... Mais retrait avant interdiction (JC Decaux / Metrobus)

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (8/9)

▲ II.2. « *DE LÀ OÙ ON VIENT* » : L'HÉRITAGE HISTORIQUE ET IDÉOLOGIQUE (2)

→ **Nécessité de séparation claire**

- ▲ Entre concurrence / autres politiques
- ▲ Entre Autorité / Pouvoirs politiques

Car « *la nature a horreur du vide* » :

absence de séparation claire → confusion des politiques

le plus souvent au détriment de la concurrence

II. LES DÉFIS PARTICULIERS DES PETITES ET JEUNES ANC (9/9)

▲ II.3. « ... LÀ OÙ ON VEUT ALLER » : OBJECTIFS RAISONNABLES ET RÉALISTES

▲ Echelle des priorités

▲ Priorité nécessaire à l'**antitrust** :

ne pas sacrifier la lutte contre les cartels et abus de position dominante qui sont **toujours** dommageables...

alors que la concentration n'est pas par principe dommageable mais au contraire souvent bénéfique

▲ Instruments réalistes

▲ En cas de problème, priorité si possible aux **engagements** plutôt qu'à des mesures d'interdiction ou d'injonctions trop radicales

... Sauf si incontournable

▲ Préférer engagements structurels (suivi plus facile)

▲ Mais « *Il ne faut pas être jusqu'au-boutiste* »



Merci de votre attention

Robert SAINT-ESTEBEN

Avocat au Barreau de Paris

BREDIN PRAT

robertsaintesteben@bredinprat.com

53 quai d'Orsay
75007 Paris
T: +33 1 44 35 35 35

Square de Meeûs, 40
B-1000 Brussels
T: +32 2 639 27 10

Association d'Avocats à Responsabilité Professionnelle Individuelle
www.bredinprat.com