



Par Emmanuel Tricot, avocat associé, et Virginie Carvalho, avocat, LPA-CGR avocats

L'extension annoncée du contrôle français des concentrations : compétence des start-ups innovantes et extension des procédures simplifiées

Après avoir lancé un signal fort aux entreprises en sanctionnant solidairement Altice Luxembourg et SFR Group à hauteur de 80 millions d'euros pour avoir réalisé de manière anticipée deux opérations («gun jumping»)¹, l'Autorité de la concurrence réaffirme son rôle de surveillance des marchés par une consultation publique préparant une «modernisation» du contrôle français des concentrations.

Les pistes de réflexion qu'elle propose ouvrent le champ à une extension des opérations éligibles à son contrôle. S'inspirant du modèle allemand et autrichien, elle envisage ainsi, notamment, l'introduction d'un seuil alternatif reposant sur la «valeur de la transaction» afin d'examiner les acquisitions de sociétés qui ne génèrent pas un chiffre d'affaires important mais dont le prix d'acquisition révélerait un potentiel pouvoir de marché actuel

Le 20 octobre 2017, l'Autorité de la concurrence a lancé une consultation publique intitulée «réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations» portant sur les trois axes suivants : (i) «l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations pour traiter des opérations susceptibles de poser des problèmes de concurrence et échappant aujourd'hui au contrôle des concentrations», (ii) la simplification des procédures en matière de concentrations, et (iii) le rôle des mandataires en contrôle des concentrations².

L'objectif de cette modernisation serait d'élargir le contrôle des concentrations aux transactions concernant des sociétés qui ne génèrent pas un chiffre d'affaires important mais dont le prix d'acquisition élevé traduit nécessairement un fort potentiel d'empreinte sur le marché.

Les parties prenantes ont pu exprimer leur position sur ces propositions jusqu'au 30 novembre 2017.

Les modifications envisagées doivent être analysées à l'aune des récentes prises de position tant de l'Autorité de

ou futur (les start-ups innovantes sont implicitement visées). En outre, sous couvert de simplification procédurale, l'Autorité envisage de rendre obligatoire la phase de prénotification, ce qui de facto pourrait allonger les délais d'autorisation des transactions soumises à son contrôle.

la concurrence (cas Altice précité) que de la Commission européenne, laquelle a annoncé l'ouverture de deux enquêtes pour transmission de «renseignements inexacts ou dénaturés» dans un contexte de notification³ et d'une autre encore pour réalisation anticipée d'une opération sans autorisation⁴.

La France suivra-t-elle les exemples allemand et autrichien en introduisant un seuil alternatif fondé sur la «valeur de la transaction» ?

Quelle est l'efficacité actuelle de seuils de notification uniquement fondés sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées ? L'Autorité de la concurrence constate que si la grande majorité des décisions rendues ne pose pas de difficultés (96,4 % de 2013 à 2016), certaines opérations impliquant des entreprises réalisant des chiffres d'affaires légèrement au-dessus des seuils de notification ont pourtant été considérées comme susceptibles de porter atteinte à la concurrence.

Aussi l'Autorité de la concurrence s'interroge-t-elle sur l'opportunité d'introduire en France un seuil alternatif fondé sur la «valeur de la transaction» auquel s'ajouterait un critère de rattachement local (le «nexus local»), la cible devant avoir une activité significative en France.

L'objectif – non explicité par le document de consultation – serait d'élargir le contrôle des concentrations aux transactions concernant des sociétés qui ne génèrent pas un chiffre d'affaires important mais dont le prix d'acquisition élevé traduit nécessairement un fort potentiel d'empreinte sur le marché. De tels cas de figure se présentent essentiellement dans les secteurs innovants (par exemple l'industrie pharmaceutique) et dans l'économie digitale. On peut à cet égard noter que, ces dernières années, nombre d'acquisitions par les géants de l'Internet et de l'e-commerce n'ont pas été notifiées.

A titre d'illustration, la Commission européenne n'a été saisie de l'acquisition par Facebook de WhatsApp en 2014, pour un prix considérable (estimé à environ 22 milliards de dollars), qu'à la faveur d'un renvoi lié au franchissement de seuils nationaux non exprimés en chiffre d'affaires⁵. La Commission européenne envisage ainsi, selon les termes de sa consultation publique de 2016 sur l'évolution des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle européen des concentrations, d'inclure elle aussi un seuil alternatif. Commentant cette proposition, l'Autorité indique qu'une «adaptation des seuils de notification peut s'entendre comme un élément de réponse à l'importance stratégique croissante des données, dont l'Autorité a rendu compte dans l'étude conjointe qu'elle a réalisée avec le Bundeskartellamt, et qui peuvent constituer, sous certaines conditions, une contrepartie alternative à un flux de revenus financiers⁶». A ce sujet, l'Etat français considère comme globalement «pertinent d'instaurer un seuil complémentaire des seuils en chiffres d'affaires qui tienne compte du montant de l'opération, c'est-à-dire du prix élevé que les acheteurs sont prêts à payer pour les actifs (par exemple les données). En effet, la valeur de la transaction est un critère objectif permettant de refléter le potentiel (notamment en termes d'innovation) ou l'intérêt (notamment en termes de données) de la cible⁷».

Si l'Autorité française de la concurrence n'a pas été confrontée à un cas comparable à Facebook/WhatsApp, M. Stanislas Martin, rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, indiquait

récemment que les services d'instruction repèreraient une vingtaine d'opérations non notifiables chaque année (tous secteurs confondus) susceptibles pourtant de soulever des préoccupations de concurrence⁸.

Cette réflexion de l'Autorité suit l'adoption récente par l'Allemagne (31 mars 2017) et l'Autriche (1er mai 2017) d'un seuil alternatif fondé sur la «valeur de la contrepartie de la transaction» : 400 millions d'euros en Allemagne, 200 millions en Autriche,

La mise en place d'un modèle hybride inspiré de l'expérience suédoise est évoquée : notification obligatoire et possibilité d'une intervention ex post de l'Autorité de concurrence si des préoccupations substantielles de concurrence viennent à être identifiées.

sous réserve que la partie acquise développe une activité significative sur le territoire national. Or, si ces Etats font figure de pionniers en Europe, le critère de la valeur de la cible est déjà appliqué aux Etats-Unis («size-of-transaction test»), et la Suisse est dans une réflexion similaire.

Les autres pistes d'évolution envisagées par l'Autorité de la concurrence

S'inspirant du modèle espagnol, l'Autorité envisage également d'introduire un seuil de notification fondé sur les parts de marché, tout en admettant que l'introduction d'un tel seuil pose des difficultés de délimitation des marchés.

Une autre piste évoquée est la mise en place d'un modèle hybride inspiré de l'expérience suédoise : notification obligatoire (ex ante avec des seuils basés sur le chiffre d'affaires) et la possibilité d'une intervention ex post de l'Autorité de concurrence si des préoccupations substantielles de concurrence viennent à être identifiées. En Suède, le contrôle ex post est ainsi ouvert : (i) si le chiffre d'affaires national combiné des entreprises concernées dépasse 103 millions d'euros et (ii) s'il existe des préoccupations substantielles de concurrence (en particulier si une entreprise détenant une part de marché importante acquiert progressivement ses concurrents les plus faibles).

Une troisième solution, dans une certaine mesure moins ambitieuse, consisterait à utiliser davantage certains outils d'actions ex post identifiés dans la jurisprudence européenne. L'Autorité retient ainsi expressément deux hypothèses : (i) le renforcement d'une position dominante du fait d'une opération de concentration peut constituer un abus («Continental Can» – 1973), et (ii) les effets coordonnés susceptibles de résulter d'une prise de participation minoritaire peuvent être contrôlés («Philip Morris» – 1987). Sur ce dernier point, l'Autorité ouvre ainsi de nouveau implicitement le débat des prises de participation minoritaire non contrôlantes au sens du droit de la concurrence, alors que la Commission européenne semble ne plus souhaiter mettre en œuvre cette possibilité.

L'élargissement du champ d'application de la procédure simplifiée

Enfin, l'Autorité de la concurrence s'interroge sur la possibilité

d'étendre la procédure simplifiée à des dossiers ne posant a priori pas de problèmes de concurrence. A ce jour, cette procédure concerne essentiellement les opérations réalisées dans le commerce de détail et n'entraînant pas de changement d'enseigne (70 % des cas) et celles menées par des acquéreurs non présents sur les mêmes marchés que la cible (30 % des cas, généralement des fonds d'investissements)⁹. Le recours à la procédure simplifiée permet aux parties d'obtenir une décision de l'Autorité

l'ensemble des outils existants (waivers, formulaires simplifiés, etc.) devraient être expertisées finement. A cet égard, l'Autorité relève que ces mécanismes alternatifs peuvent engendrer un surcroît de charges pour les autorités, en nécessitant d'affecter des ressources supplémentaires à la veille du marché, mais également pour les entreprises, si d'aventure des obligations d'information trop succinctes provoquent en retour une augmentation des demandes d'informations complémentaires¹¹». Confirmant

L'une des pistes envisagées dans le cadre de l'élargissement de la procédure simplifiée serait de retenir les mêmes seuils en France que ceux appliqués par la Commission européenne, en ouvrant la procédure simplifiée à certaines opérations conduisant à un chevauchement d'activité limité horizontal ou vertical.

sa position, l'Autorité n'envisage donc pas de possibilité d'exemption de l'obligation de notification dans ses pistes de réflexion et ne considère que deux types de nouvelles éventuelles procédures simplifiées : (i) un régime de déclaration préalable pour les opérations actuellement éligibles à la procédure simplifiée. Après l'expira-

sous 15 jours ouvrés (en moyenne) au lieu de 25 jours ouvrés en Phase I sans engagements.

L'une des pistes envisagées serait de retenir les mêmes seuils en France que ceux appliqués par la Commission européenne en ouvrant la procédure simplifiée à certaines opérations conduisant à un chevauchement d'activité limité horizontal (part de marché cumulée des parties inférieure à 20 %) ou vertical (part de marché cumulée des parties inférieure à 30 %)¹⁰. Un autre axe serait d'ouvrir la procédure simplifiée en l'absence de marchés affectés.

Un tel élargissement de la procédure simplifiée induit que, quelle que soit l'hypothèse retenue, la ou les parties notifiantes devraient nécessairement prénotifier afin de s'assurer auprès des services d'instruction de l'Autorité que la délimitation des marchés retenue correspond à leur analyse. Peut-on alors parler de simplification des procédures si la phase de prénotification devient de facto incontournable ? On peut également questionner l'opportunité d'adopter des seuils dont la Commission européenne a elle-même constaté les limites, ce qui la conduit maintenant à proposer des évolutions de sa propre procédure simplifiée dans le cadre de sa consultation publique en évoquant notamment trois options : (i) exemption de l'obligation de notification, (ii) allègement des informations requises et (iii) autoévaluation par les entreprises avec une possibilité de notification volontaire.

En réponse à cette consultation, l'Autorité a cependant considéré qu'«avant de recourir à des exemptions de notification par catégories d'opérations ou à des mécanismes alternatifs à la notification, tels que l'auto-évaluation, les possibilités offertes par

ration d'un délai, l'opération serait tacitement autorisée et l'Autorité ne pourrait plus se saisir de l'opération. Cette procédure pose la délicate question de la garantie par une lettre de confort que les diligences ont bien été effectuées ; et

(ii) une procédure simplifiée pour les opérations ne dépassant pas les seuils de parts de marché qu'applique actuellement la Commission européenne.

Les pistes de réflexion de l'Autorité n'étant pas fermées, cette dernière devrait faire un premier point des réponses reçues et des éventuelles pistes de réflexion retenues aux alentours du 18 décembre 2017. ■

1. Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

2. Cette consultation publique est actuellement disponible au lien Internet suivant : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf.

3. M.8181 – Merck/Sigma-Aldrich ; M.8436 – General Electric Company/LM Wind Power Holding (art. 14.1 procédure).

4. M.8179 Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (art. 14.2 procédure).

5. Case n° COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp du 3 octobre 2014.

6. Cette position est consultable au lien Internet suivant : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/france_autorite_de_la_concurrence_fr.pdf.

7. Cette position est consultable au lien Internet suivant : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/permanent_representant_of_france_fr.pdf.

8. Conférence organisée par l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (APDC) le 28 septembre 2017.

9. Paragraphe 204 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence.

10. Paragraphes 5 et 6, communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

11. Cf. note de bas de page n° 6.