



L'ACTU DU DJCE

FEVRIER 2020

LA DIFFICILE APPREHENSION DES OPERATIONS DE CONCENTRATIONS DANS LE DOMAINE DU NUMERIQUE – FOCUS SUR LES KILLER ACQUISITIONS

L'émergence de grandes plateformes numériques a soulevé des questionnements quant à l'efficacité du contrôle européen dans ces secteurs, où l'innovation, les effets d'échelle et de réseau jouent un rôle important. De nombreuses opérations de rachat de jeunes entreprises innovantes par les géants du numérique ont eu lieu, sans faire l'objet d'aucun contrôle national ou européen, ces acquisitions n'atteignant pas les seuils de notification. Par exemple, entre 1991 et 2018, les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) ont réalisé 634 acquisitions, pour un montant total de plus de 140 milliards d'euros. De tels montants indiquent que ce type d'acquisitions représente un enjeu important en matière d'innovation et de concurrence. Or, le contrôle des concentrations français et européen ne permet pas encore d'appréhender ce type d'acquisitions.

En France, le contrôle des concentrations est garanti par l'Autorité de la concurrence, qui examine en amont tous les projets de rachat et fusion dépassant certains seuils. Ces seuils sont précisés à l'article L. 430-2 du Code de commerce¹ et se fondent sur le critère du chiffre d'affaires des entreprises parties à l'opération. L'Autorité de la concurrence réalise donc un contrôle *ex ante* afin de prévenir la constitution de positions trop fortes ou la création de monopoles.

Nonobstant, comment appréhender les opérations de concentrations qui sont passées sous les seuils, et ce après leur réalisation ?

Force est de constater qu'il n'existe pas aujourd'hui en France de marge de manœuvre pour contrôler *ex post* une opération de concentration. La récente décision *Towercast*² de l'Autorité de la concurrence semble rejeter l'utilisation de l'article 102 du TFUE et du droit antitrust pour remettre en cause une opération de concentration passée sous les seuils légaux. Seul l'article L. 430-9 du code de commerce permet une remise en cause *ex post* d'une opération de concentration. Mais cet article est très rarement mis en œuvre en raison des difficultés de preuve : il repose sur la caractérisation d'un abus de position dominante détachable de la concentration du pouvoir économique, chose impossible à prouver en pratique.

Plusieurs solutions sont envisageables : adapter le critère du seuil de contrôle des concentrations et permettre un contrôle *ex post* d'opérations initialement non contrôlables mais s'avérant sensibles.

¹ Deux conditions cumulatives : le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être supérieur à 150 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés doit être supérieur à 50 millions d'euros.

² Aut. conc., déc. n° 20-D-01 du 16 janv. 2020 relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre, L. Idot, « Un revenant : l'arrêt Continental Can », Europe n°3, mars 2020, alerte 14.

Adaptation des critères de contrôle

La solution la plus évidente serait d'abaisser le seuil de notification en chiffre d'affaires. Cependant, cela conduirait à un accroissement considérable des opérations contrôlées par l'Autorité, opérations ne présentant pas forcément un intérêt du point de vue des risques concurrentiels.

Une autre solution serait de modifier ou de compléter le critère du chiffre d'affaires, à l'instar d'autres pays européens. L'Allemagne et l'Autriche ont introduit en 2017 de nouveaux seuils alternatifs de contrôle, précisément pour appréhender les acquisitions de start-up dans le secteur de l'économie du numérique ou sur les marchés novateurs : le contrôle des concentrations prend désormais en compte le seuil de la valeur de la transaction, et l'exercice ou non d'une activité significative de la société cible sur le territoire³. Ce seuil est cohérent d'un point de vue économique car si une entreprise au faible chiffre d'affaires fait l'objet d'une acquisition pour un montant élevé, c'est qu'elle représente un enjeu important pour l'acquéreur. Mais contrairement au critère du chiffre d'affaires, celui de la valeur de la transaction est « manipulable ».

L'Espagne et le Royaume-Uni retiennent comme seuil alternatif au chiffre d'affaires celui des parts de marché sur le marché en cause. Mais ce seuil implique pour les entreprises la délimitation précise du marché de référence afin de calculer les parts de marché, ce qui peut être source de difficulté et de lenteur dans la procédure de notification.

Récemment, la Commission a fait part de sa nouvelle interprétation⁴ de l'article 22 du règlement n°139/2004 qui permettra aux autorités nationales de concurrence de lui renvoyer l'examen d'opérations de concentration sensibles, mais n'atteignant ni les seuils nationaux ni les seuils européens.

Bien qu'un changement du critère du chiffre d'affaires comme seuil de notification serait souhaitable, certaines opérations de concentration ont in fine des effets néfastes sur la concurrence, qui mettent plusieurs années à se manifester. D'où l'intérêt de doter l'Autorité de la concurrence d'un pouvoir de contrôle *ex post*.

³ Pranvera Këllezi, « Droit de la concurrence : L'Allemagne et l'Autriche élargissent le champ du contrôle des concentrations » Centre de droit bancaire et financier, 28 juin 2017.

⁴ M. Vestager, « The future of EU merger control, International Bar Association, 24th Annual Competition Conference », 11 sept. 2020, site de la Commission européenne.

Instauration d'un contrôle *ex post*

La création d'un contrôle *ex post* exercé par l'Autorité de la concurrence permettrait à celle-ci d'apprécier de façon plus juste les effets des opérations de concentrations n'ayant pas atteint les seuils de notification. Cette solution est notamment retenue par les Etats-Unis et le Royaume-Uni où la notification préalable n'est pas obligatoire.

La Suède a quant à elle opté pour un régime hybride, avec une notification obligatoire *ex ante* et une possible intervention *ex post* de l'autorité de la concurrence en cas d'existence de préoccupations substantielles de concurrence.

Focus sur les plateformes numériques

Plusieurs réflexions ont émergé sur le secteur du numérique et son encadrement au regard du droit de la concurrence. Le projet de loi DDADUE⁵ comportait un volet « concentration » en vertu duquel l'Autorité de la concurrence pouvait établir une liste d'entreprises structurantes, soumises à une obligation d'information sur l'ensemble de leurs opérations de concentration. Si ce mécanisme de contrôle des concentrations applicables aux acquisitions structurantes d'entreprises innovantes aurait permis d'appréhender les opérations n'atteignant pas les seuils de contrôle en raison du faible chiffre d'affaires, il n'a pas été retenu dans la rédaction finale de la loi.

Le 15 décembre 2020, La Commission européenne a présenté un projet de législation sur les marchés numériques, appelé le « Digital Market Act »⁶. Dans cette proposition, la Commission définit les « gatekeepers » c'est-à-dire les plateformes numériques structurantes à partir de trois critères posés à l'article 3 : l'occupation d'une position économique forte, ayant une incidence significative sur le marché intérieur ; l'occupation d'une position intermédiaire forte en ce que l'entreprise relie une base d'utilisateurs importante à un grand nombre d'entreprises ; l'occupation actuelle ou dans un avenir proche d'une position solide et durable sur le marché

Elle précise ensuite diverses obligations qui seront à leur charge. L'article 12 de la proposition de règlement prévoit l'obligation de notifier à la Commission tout projet de concentration impliquant un opérateur du secteur numérique, que l'opération de concentration relève initialement de la compétence de l'Union ou d'une autorité nationale de la concurrence.

Tout porte à croire que dans les années à venir, la Commission et les autorités nationales entretiendront un véritable dialogue à propos des opérations de concentration dans le secteur numérique.

⁵ Loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

⁶ Proposition de règlement du parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), 15 décembre 2020, 2020/0374 (COD).

Réadaptation des textes

Une évolution dans les standards d'appréciation de la part des autorités de concurrence est également souhaitable. En effet, l'analyse traditionnelle des effets d'opérations de concentration est trop stricte : dans ses lignes directrices sur les concentrations horizontales, la Commission indique que pour considérer les effets significatifs sur la concurrence de l'acquisition d'un concurrent potentiel, il doit notamment exister une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur de la concurrence.

Mais le délai d'appréciation du risque sur la concurrence est de deux ans après l'opération⁷, ce qui est très court et insuffisant pour les opérations impliquant des entreprises naissantes.

Pour justement mieux apprécier les effets futurs que pourront avoir des opérations de concentration, l'Autorité de la concurrence a indiqué dans ses nouvelles lignes directrices sur le contrôle des concentrations⁸ qu'elle adoptera une analyse prospective dans la délimitation des marchés pertinents. Elle sera donc amenée à prendre en compte les évolutions en cours ou anticipées selon les spécificités de chaque secteur, et donc à se détacher d'une descriptive des marchés contemporains, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Enfin, la Commission a indiqué par un communiqué du 3 avril 2020 son intention de réviser sa communication sur la définition du marché en cause, notamment pour prendre en compte la digitalisation de l'économie.

A l'aune de ces futures modifications, principalement initiées par l'Union européenne, il sera intéressant de voir comment se déroulent et se combinent les contrôles des concentrations par les autorités nationales et par la Commission, et dans quelle mesure cela permettra un meilleur contrôle des opérations sensibles qui passent pour l'instant « sous les radars ».

⁷ Communication de la Commission — Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, (2011/C 11/01), § 74.

⁸ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations 2020, pt 518.

Bibliographie

S. Jean, A. Perrot et T. Philippon, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? », Les notes du conseil d'analyse économique, n°51, mai 2019.

M. Plakensteiner, « Antitrust Alert – Le contrôle des concentrations en Europe – Ce qui change en 2017 », site de Kramer Levin, novembre 2017.

F. Marty, « Pratiques unilatérales, chroniques » Concurrences n°2-2020, p.89 et 90.

R. Beydon, « Contrôle des concentrations et acquisitions d'entreprises naissantes dans le secteur du numérique - . - État des lieux des réflexions engagées au niveau français et européen », Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2020, dossier 29.

D. Bosco, "Brief remarks on new interpretation of Article 22 of the European Merger Regulation", Competition Forum, 2020, art. n° 0001, <https://competition-forum.com>.