

Paris, le 26 janvier 2017

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Consultation publique lancée par la Commission européenne – « Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control » – Contribution des autorités françaises.

Réf. : HT. 3053.

Les autorités françaises prient la Commission européenne de bien vouloir trouver ci-dessous leur contribution à la consultation publique citée en objet.

- 1. Les autorités françaises ont souhaité répondre aux questions 18 à 22 du deuxième thème (*jurisdictional threshold*) du questionnaire envoyé par la Commission européenne le 7 octobre 2016 et relatives à la pertinence de l'introduction d'un seuil de notification basé sur la valeur de la transaction.**

Question 18 : Considérez-vous que l'actuelle absence de critères juridictionnels complémentaires (c'est-à-dire de critères non basés exclusivement sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées) dans le règlement sur les concentrations nuit à l'objectif consistant à garantir que toutes les opérations ayant un impact significatif sur la concurrence et ayant un effet transfrontalier dans l'EEE sont soumises au contrôle des concentrations au niveau de l'UE?

Dans l'affirmative, veuillez également indiquer quels sont, à votre avis, les critères juridictionnels complémentaires dont l'absence peut nuire à l'objectif susmentionné. Veuillez également tenir compte, dans votre réponse, de l'objectif de la Commission consistant à ne pas imposer de charges excessives aux entreprises.

Les seuils en chiffres d'affaires qui déterminent actuellement la compétence de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations permettent à certaines opérations d'échapper à ce contrôle alors qu'elles ont potentiellement un impact sur la concurrence au sein de l'EEE. Certaines entreprises peuvent en effet disposer d'un pouvoir de marché bien plus important que ce que suggèrent leurs chiffres d'affaires. L'exemple le plus emblématique de cette différence entre pouvoir de marché et chiffres d'affaires est celui de sociétés qui ont constitué une base d'utilisateurs très importante en fournissant un service gratuit ou qui ont développé une nouvelle technologie mais dont le potentiel en termes de revenus n'a pas encore été totalement révélé.

L'acquisition de start-up par des grandes entreprises, voire par des moligopoles¹, peut constituer un frein à l'innovation et à la concurrence. En effet, l'acquisition par une grande entreprise d'une start-up peut avoir pour objectif de mettre un terme au risque de développement de cette entreprise qui aurait pu être amenée à les concurrencer dans un futur plus ou moins proche. La grande entreprise peut également décider de stopper le processus d'innovation de la start-up acquise si cette innovation est de nature à fragiliser son modèle économique principal. Ainsi, il paraît important de pouvoir analyser des opérations présentant de tels risques concurrentiels.

Il semble ainsi 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 cible.

Ce nouveau seuil, à l'instar des seuils qui vont être introduits en droit allemand, ne doivent pas remettre en cause les seuils principaux basés sur les chiffres d'affaires. Ainsi, il doit être complémentaire et non autonome par rapport à ces derniers. Ce n'est que dans le cas où une des entreprises parties à l'opération (généralement la cible) ne réalise pas un chiffre d'affaires national suffisant (plus de 5 millions d'euros en Allemagne) que le seuil complémentaire basé sur la valeur de la transaction doit être pris en compte. Les seuils concernant l'autre entreprise partie à l'opération (généralement l'acquéreur) ne doivent pas être diminués. En effet, il convient d'appréhender seulement les opérations dans lesquelles une grande entreprise rachète une petite « au prix fort » dans la mesure où seules ces opérations paraissent de nature à présenter un risque concurrentiel.

Les opérations significatives qui n'ont pas dépassé les seuils de notification à la Commission européenne semblent jusqu'à présent avoir concerné les seuls secteurs de l'économie numérique et des produits pharmaceutiques. Toutefois, il est nécessaire de ne pas circonscrire les nouveaux seuils en valeur de transaction à ces secteurs. En effet, les entreprises cibles réalisant un faible chiffre d'affaires mais qui sont achetées à un prix élevé sont souvent des entreprises innovantes. Or, l'innovation peut concerner tous les secteurs de l'activité économique.

Question 19 : En particulier, estimez-vous que l'absence actuelle, dans le règlement sur les concentrations, d'un seuil juridictionnel complémentaire basé sur la valeur de la transaction nuit à l'objectif de garantir que toutes les transactions ayant un impact significatif sur la concurrence et ayant un effet transfrontalier dans l'EEE sont soumises au contrôle des concentrations au niveau de l'UE ?

Voir question 18.

Question 20 : Si vous avez répondu oui à la question 19, quel niveau de valeur de transaction considèreriez-vous approprié pour un seuil basé sur la valeur de la transaction ? Veuillez expliquer votre réponse.

Afin de ne pas faire peser de charges excessives sur les entreprises et pour appréhender les seules opérations significatives, il est nécessaire de retenir un niveau élevé de valeur de transaction.

À titre d'exemple, le seuil américain basé uniquement sur la valeur de la transaction (200 millions de dollars) paraît trop faible pour le système de notification de l'UE. Le niveau retenu par les USA s'explique par la nature différente de leur système de notification. Le système américain repose en effet sur des seuils en chiffres d'affaires et en valeur de la transaction relativement bas (en ce sens qu'ils sont facilement atteints) mais de nombreux cas d'exemptions de notification sont prévus. Le droit de l'UE ne prévoit pas de telle liste d'exemption de notification des opérations de

¹ Article de Nicolas Petit, *Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, octobre 2016.

concentrations, elle a donc opté pour des seuils élevés censés « capter » uniquement les opérations significatives.

A contrario, le niveau du nouveau seuil basé sur la valeur de la transaction devant être mis en place en Allemagne (350 millions d'euros) peut servir de référence pour fixer un seuil approprié au niveau de l'UE. En effet, le système de notification allemand ne prévoit pas non plus d'exemption de notifications.

Les opérations examinées par la Commission étant d'une envergure au moins européenne, le niveau de la valeur de transaction retenu devrait être plus élevé que celui arrêté par le législateur allemand. La valeur des transactions lors des opérations Facebook/WhatsApp et Pharmacyclis/AbbVie, citées dans le questionnaire, étaient d'ailleurs d'un montant bien plus élevé (respectivement à 19 et 21 milliards de dollars).

Question 21 : Si vous avez répondu oui à la question 19, quelles solutions considérez-vous appropriées pour garantir que seules les transactions ayant un lien économique important avec l'EEE seraient couvertes par un tel seuil complémentaire ? En répondant, veuillez prendre en compte le fait que le but d'un tel seuil basé sur la valeur de la transaction est d'appréhender les acquisitions de sociétés cibles de grande valeur qui n'ont pas encore généré de chiffre d'affaires substantiel.

- Une clause générale stipulant que les concentrations qui atteignent le seuil basé sur la valeur de la transaction ne sont notifiables que si elles sont susceptibles de produire un impact mesurable au sein de l'EEE (complétée par un guide d'application) ;
- Critères spécifiques à l'industrie pour assurer un lien local ;
- Autre.

Veuillez expliquer votre réponse et fournir des exemples, le cas échéant.

Une clause générale stipulant que les concentrations qui atteignent le seuil basé sur la valeur de la transaction ne sont notifiables que si elles sont susceptibles de produire un impact mesurable au sein de l'EEE paraît être la solution la plus appropriée afin de garantir que seules les transactions ayant un lien économique important avec l'EEE soient concernées.

En effet, des critères spécifiques au secteur en cause introduiraient trop de complexité et ne pourraient pas prévoir tous les cas de figures.

Si une des entreprises est active dans l'EEE, le lien local peut être facilement établi. Si l'activité au sein de l'EEE n'est que potentielle, un guide permettant de définir la notion de « susceptible de produire un impact mesurable au sein de l'EEE » serait alors utile. Ce guide devrait présenter des définitions simples dénuées d'ambiguïté afin de ne pas faire peser de charges trop lourdes aux entreprises, notamment en termes de frais juridiques.

Un critère similaire à celui que prévoit de retenir l'Allemagne (une des entreprises doit être active ou avoir l'intention de le devenir sur le territoire national) peut également être approprié. Cependant, le niveau d'activité dans l'EEE ne doit pas être négligeable.

Question 22 : Si vous avez répondu oui à la question 19, identifiez-vous un besoin d'autres critères limitant le champ d'application du seuil basé sur la valeur de la transaction afin d'assurer un système de contrôle des concentrations efficace et rentable ?

Veillez indiquer si l'un des critères suivants serait approprié pour assurer l'efficacité souhaitée

[Plusieurs réponses sont possibles]:

- **Un niveau minimal de chiffre d'affaires total mondial de toutes les entreprises concernées.**
- **Un niveau minimal de chiffre d'affaires total dans l'UE d'au moins une des entreprises concernées.**
- **Un niveau maximal de chiffre d'affaires mondial de l'entreprise cible, dans les cas où cette dernière n'atteint pas les seuils en chiffre d'affaires dans l'UE (dans le but de couvrir les seules transactions d'un montant élevé dans lesquelles la cible a un fort potentiel, par exemple pour générer des ventes futures, mais pas des cas où la cible génère déjà un chiffre d'affaires important mais hors de l'EEE).**
- **L'exigence selon laquelle le ratio entre la valeur de la transaction et le chiffre d'affaires mondial de la cible dépasse un certain multiple (Exemple : valeur transactionnelle = 1 milliard d'euros, chiffre d'affaires mondial de la cible = 100 millions d'euros, ratio = 10. L'objectif de ce critère est d'identifier les opérations dans lesquelles l'évaluation de la valeur de la société cible dépasse ses revenus annuels par plusieurs multiples, ce qui pourrait signaler un potentiel de marché élevé de la cible).**
- **Autre.**

Veillez expliquer votre réponse.

La combinaison de ces différents critères, en plus du critère complémentaire relatif à la valeur de la transaction, permettrait de s'assurer que seules les opérations d'acquisition par de grandes entreprises de start-up pour un montant élevé seront soumises au contrôle des concentrations de l'UE.

Comme indiqué *supra* (voir réponse à la question 18), les seuils en chiffre d'affaires doivent rester les critères principaux afin de déterminer si une opération doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne. Ainsi, les deux premiers critères proposés à la question 22 correspondent aux actuels critères de l'UE visés à l'article 1§2 du règlement (CE) 139/2004. Ce n'est que si le second critère (cf. point b de l'article 1§2) n'est pas rempli pour une des entreprises, que la valeur de la transaction devrait être prise en compte, à l'instar des nouveaux seuils devant être introduits en Allemagne.

Le troisième critère (niveau maximal de chiffre d'affaires mondial de l'entreprise cible) et le quatrième critère (ratio entre la valeur de la transaction et le chiffre d'affaires) doivent s'appliquer dès lors que le critère complémentaire basé sur la valeur de la transaction est utilisé.

Le troisième critère permet de s'assurer que l'opération a un lien suffisamment important avec l'EEE. En fournissant des éléments d'analyse concrets et facilement applicables, ce critère peut utilement compléter la clause générale stipulant que les concentrations qui atteignent le seuil basé sur la valeur de la transaction ne sont notifiables que si elles sont susceptibles de produire un impact mesurable au sein de l'EEE. En effet, il n'altère pas l'utilité de cette clause puisqu'il ne concerne pas les cas dans lesquels l'entreprise cible génère peu de chiffre d'affaires mondial.

Le quatrième critère est un indicateur supplémentaire permettant d'identifier un fort potentiel de l'entreprise cible. Il permet ainsi de garantir que l'extension du champ du contrôle des concentrations est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif visé sans faire peser de charges excessives sur les entreprises.

2. Par ailleurs, les autorités françaises souhaitent rappeler tout l'intérêt qu'elles attachent aux propositions visant à faciliter le renvoi des affaires telles qu'elles l'ont mentionné dans leur contribution, le 15 octobre 2014, à la consultation publique organisée par la Commission européenne sur le Livre blanc intitulé « Vers un contrôle plus efficace des concentrations ».

Les autorités françaises soutiennent les améliorations envisagées par la Commission européenne dans sa récente consultation publique à ce sujet : la simplification des renvois au titre de l'article 4, paragraphe 5, en abolissant la procédure en deux temps actuellement en vigueur (mémoire motivé puis notification) ; la rationalisation des renvois au titre de l'article 22, de sorte que pour les affaires renvoyées à la Commission, le ressort de celle-ci s'étende à l'ensemble de l'Espace économique européen (EEE), et que le principe du guichet unique soit mieux appliqué ; la clarification des seuils matériels applicables aux renvois en pré-notification de la Commission vers un État membre au titre de l'article 4 paragraphe 4.

Ces améliorations envisagées par la Commission dans cette récente consultation publique à ce sujet vont dans le bon sens et méritent d'être soutenues et rapidement mises en œuvre. Elles pourraient cependant être complétées par d'autres mesures.

Il serait en effet efficace de permettre aux entreprises de demander le renvoi des cas de concentrations transfrontières à la Commission européenne en amont de la notification dès que deux autorités nationales au moins sont compétentes pour le traiter, au lieu de trois autorités ou plus actuellement, à tout le moins s'agissant des affaires portant sur des marchés d'interconnexion (transports, réseaux...).

Actuellement, le dispositif de renvoi en pré-notification prévu par l'article 4, paragraphe 5, du règlement concentrations n'est applicable qu'à la condition qu'au minimum trois autorités nationales de concurrence soient compétentes pour examiner le dossier. Or, dans le cas où une concentration est transfrontalière, c'est-à-dire lorsqu'elle est notifiable à plus d'une autorité nationale de concurrence, il n'y a pas de raison technique objective de la traiter différemment selon que deux autorités ou trois sont concernées.

Il est donc préconisé de baisser le seuil de déclenchement de ce dispositif de trois autorités à deux, tout en laissant aux autorités nationales de concurrence, comme c'est la règle actuellement, la faculté, en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du règlement concentrations, d'exprimer leur désaccord avec une demande de renvoi.

A minima, l'abaissement de ce seuil de trois à deux devrait être effectué pour les cas qui sont transfrontaliers par nature, c'est-à-dire ceux qui concernent des marchés tels que des liaisons de transport ou des interconnexions de réseaux entre États membres (par opposition à des marchés simplement plus larges que nationaux). C'est en effet dans ce type de dossiers que le risque de conflit de décisions est le plus aigu et le moins légitime du point de vue des opérateurs économiques, puisque c'est sur un seul et même marché transfrontalier, caractérisé par une seule et même situation concurrentielle, que sont conduites à se pencher les différentes autorités compétentes.

Si cette mesure peut aider à prévenir de possibles conflits de décisions dans certaines affaires, notamment celles concernant un seul et même marché transfrontalier, elle ne suffit pas pour assurer la cohérence d'un système dont la principale caractéristique est l'existence d'une régulation à deux niveaux, européen et national, et par conséquent d'une trentaine d'autorités dont l'intervention nécessite d'être mieux coordonnée.

C'est la raison pour laquelle les autorités françaises souhaitent réitérer leur proposition de réfléchir à des réformes qui vont au-delà du cadre posé par la Commission dans son Livre Blanc.