

Observations d'Orange

Consultation de la Commission Européenne – Evaluation des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle des concentrations de l'UE

1. Simplification

De manière générale, Orange est favorable aux efforts de simplification réalisés par la Commission Européenne (« Commission ») et soutient les initiatives pour simplifier d'avantage la procédure, notamment la proposition d'exclure du champ du Règlement de concentrations les JV opérant hors de l'Union.

2. Seuils de contrôle

Comme Orange l'avait déjà signalé lors de la réponse à la consultation de la Commission de 2014, dans le secteur de l'économie numérique les OTT notamment mènent une politique intense de rachats de start-up sans être soumis à aucune contrainte réglementaire ou juridique. Ainsi, depuis 2010, d'après les informations disponibles publiquement, Google aurait pris des participations dans 111 start-up, Apple dans 39, Facebook dans 53, Twitter dans 38, Amazon dans 31 et Microsoft dans 44.¹

Ces grands acteurs du numérique globalisés rachètent des entreprises plus petites qui sont souvent aussi globalisées ou qui ont le potentiel de le devenir. Ainsi, ces opérations ont des effets importants sur le marché européen car elles renforcent les positions de marché y compris des positions dominantes des OTTs tout en leur donnant un fort potentiel d'entrer dans des nouveaux marchés connexes à croissance rapide (maisons connectées, intelligence artificielle, e-commerce, messagerie instantanée, etc.). Ces entreprises ont une valeur de marché très élevée grâce à leurs biens incorporels (base de données, brevets, logiciels, algorithmes, etc.), mais cette valeur ne se matérialise pas dans leur chiffre d'affaires, qui reste très bas ou inexistant. Ces opérations échappent donc aux règles de contrôle de concentrations malgré leurs effets sur le marché.

Dès lors, dans le secteur numérique notamment, Orange constate que le système de seuils actuellement en vigueur, fondé sur le chiffre d'affaires, n'est plus forcément pertinent. En effet, des opérations importantes aux effets potentiellement significatifs ont failli passer sous les radars de la Commission. Un exemple illustratif est l'opération Facebook/WhatsApp, qui été examinée par la Commission uniquement grâce au système de renvoi de l'Article 4.5 du Règlement de concentrations. Cette opération avait pourtant une valeur de plus de 20 milliards de dollars et soulevait des questionnements importants sur ses effets potentiellement significatifs, qui ont fait l'objet d'un examen détaillée par la Commission.

Nous indiquons ci-dessous d'autres exemples de ce type d'opérations dans le secteur de l'économie numérique :

- L'achat par Groupon de MyCityDeal pour environ 100 million de dollars en 2010 ;
- L'achat par Google de DailyDeal pour environ 100 millions de dollars en 2011 ;
- L'achat par Google de Waze pour environ 1 milliard de dollars en 2013 ;
- L'achat par Google de Nest Labs pour 3,2 milliards de dollars en 2014 ;

¹ <http://www.webmarketing-conseil.fr/la-liste-des-entreprises-rachetees-par-facebook/>
<http://www.webmarketing-conseil.fr/liste-entreprises-rachetees-google/>
<http://www.webmarketing-conseil.fr/liste-entreprises-rachetees-twitter/>
<https://www.crunchbase.com/organization/amazon/acquisitions>
https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Amazon.com
https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Microsoft

- L'achat par Google de DeepMind Technologies LTD pour environ 500 millions de dollars en 2014 ;
- L'achat par Google de Dropcam pour 555 million de dollars en 2014 ;
- L'achat par Google de Dark Blue Labs et Visual Factory en 2014 pour plusieurs dizaines de millions d'euros ;
- L'achat par Google de Revolv en 2014 ;
- L'achat par Google de Skybox Imaging pour 500 million de dollars en 2014 ;
- L'achat par Facebook d'Oculus Rift pour 2 milliards de dollars en 2014 ;
- L'achat par Microsoft de Mojang pour 2,5 milliards de dollars en 2014 ;
- L'achat par Google de Moodstocks en 2016 ; etc.

Par ailleurs, pour les opérateurs non européens, du fait de l'optimisation fiscale pratiquée, il existe un risque réel de voir le chiffre d'affaire attribué au périmètre européen minoré et ne représenter qu'une faible partie de l'activité réelle de ces sociétés.

Dans ces conditions, Orange soutient la mise en place d'un seuil alternatif relatif à la valeur de la transaction dès lors que les parties ont une présence ou des activités dans le territoire de l'UE, indépendamment de leur chiffre d'affaires. Le niveau de la valeur de l'opération devrait être suffisamment élevé pour saisir une opération de dimension importante, sans pour autant entraver les investissements dans ce secteur. Orange propose donc un seuil alternatif relatif à la valeur de la transaction de l'ordre de 3 milliards d'euros. En outre, afin d'assurer le nexus local, l'opération devrait être notifiable uniquement lorsque les parties ont une présence ou des activités dans le territoire de l'UE. Il faudrait également prévoir les mécanismes de renvoi pertinents afin d'assurer le maintien du système du guichet unique dans le cas où certains Etats Membres introduiraient aussi des seuils basés sur la valeur de l'opération.

Par ailleurs, Orange estime que les mécanismes de renvoi prévus par le Règlement de contrôle de concentrations ne donnent pas satisfaction aux lacunes évoquées ci-dessus car leur fonctionnement dépend en grande mesure des seuils prévus par les Etats Membres, qui sont hors du contrôle de la Commission.

3. Renvoi d'affaires

S'agissant des renvois d'affaires, Orange considère que le système actuel donne satisfaction qu'il s'accompagne de garantie évitant une possible contrariété entre les analyses des autorités dès lors qu'une opération est notifiable dans plusieurs pays de l'Union.

Ainsi, dans un souci de sécurité juridique et afin d'améliorer l'efficacité du système en prévenant tout risque d'incohérence dans l'analyse d'une même opération par différentes autorités au sein l'Union Européenne, Orange considère que dès lors qu'une opération est notifiable dans deux états membres au moins, la compétence de la Commission devrait être automatique afin d'écarter tout risque de contrariété de décisions entre autorités de concurrence nationale comme cela a été le cas dans l'affaire Eurotunnel/My Ferry Link, où les autorités de concurrence française et du Royaume Uni ont adopté des décision contradictoires portant sur la même concentration (la première d'autorisation et la deuxième de prohibition).

4. Aspects techniques

Orange considère que la procédure de contrôle de concentrations prévue par le Règlement donne globalement satisfaction. Cependant, des améliorations sont possibles sur plusieurs aspects de la procédure :

- Concernant les demandes d'informations (« RFI »), Orange estime que les informations demandées par la Commission sont parfois éloignées de l'opération, tant par leur ancienneté

comme par leur contenu. En effet, des informations datant de plus de 3 ans n'apparaissent pas utiles à l'analyse de l'opération sauf dans des cas exceptionnels. De même, parfois l'ampleur des informations demandées ne se justifie pas au regard des besoins de l'analyse concurrentielle. Dans ces conditions, l'obligation de répondre aux RFI peut s'avérer disproportionnée, d'autant plus que les délais prévus sont extrêmement courts. En outre, les RFI ne sont pas toujours cohérents entre eux et peuvent réitérer des questions déjà posées. Les case-teams devraient s'assurer que les différents sujets sont traités de manière groupée sans répéter les questions.

- Orange considère que les délais prévus pour l'analyse des engagements en phase 2 ne sont pas forcément adaptés à tous les cas. La procédure dévoue beaucoup de temps à l'analyse des effets de l'opération mais pas assez à l'analyse des engagements. En effet, certaines opérations demandent des analyses complexes portant sur des effets horizontaux, verticaux et congloméraux, et les remèdes liés sont de nature très différente et de difficile analyse, demandant l'intervention d'économistes. Dans ce contexte, la discussion sur les engagements (y compris l'analyse concurrentielle et les tests de marché) arrive tard dans la procédure et les parties n'ont pas assez de temps pour analyser le scénario résultant de l'opération avec les engagements dont les effets sur le marché peuvent être cruciaux pour le secteur concerné. En conclusion, étant donné que les besoins peuvent changer d'une opération à l'autre, Orange considère que prévoir plus de flexibilité dans les délais en phase 2 pourrait soulager cette problématique.
- De même, Orange est d'avis que la Commission devrait étudier la possibilité de passer directement en phase 2 sans attendre l'écoulement du délai de la phase 1 dans les opérations où les problèmes de concurrence sont manifestes et l'ouverture d'une phase 2 s'avère nécessaire avant la fin de la phase 1, ce qui pourrait dans ce cas permettre l'analyse des remèdes dans un délai plus confortable et ne remettant pas en cause le traitement global de l'opération.
- Orange invite la Commission à réfléchir sur des améliorations possibles concernant le rôle des tiers dans la procédure. En effet, Orange estime qu'il existe une problématique liée à l'absence de transparence pour les tiers du calendrier en phase 2, hors test de marché. De plus, les tiers disposent d'une capacité d'intervention et de réaction très limitée durant toute la procédure, y compris lors des discussions sur les engagements. Si une asymétrie de participation dans la procédure est normale entre les parties et les tiers, il ne faut pas pour autant que les tiers soient dépourvus de la possibilité d'éclairer correctement la Commission sur les effets d'une opération.
- Concernant le dispositif de contrôle des engagements en cas de remèdes structurels (par exemple cession d'actifs à des tiers), et notamment le mécanisme d'agrément de l'acheteur, on assiste parfois à une tentation de transformer le contrôle de crédibilité de l'acheteur en une procédure d'appréciation du meilleur acheteur possible. L'exemple de l'opération Orange/Jazztel en Espagne démontre qu'un acheteur a priori modeste (MasMovil) est en mesure d'être un acheteur crédible. Or il convient de sécuriser le dispositif en la matière pour que la réalisation d'une opération soit possible sans aléa, y compris avec un acheteur modeste quand bien même existe un acheteur de taille importante ou ayant des ambitions plus fortes, dès lors que le premier est bien en mesure d'assurer une animation concurrentielle répondant aux préoccupations de concurrence identifiées. De même, la phase de consultation interservices qui précède la décision devrait être encadrée, notamment lorsqu'il s'agit de la validation des engagements, car elle conduit potentiellement à créer un aléa sur la validation de la réalisation des engagements en matière de cession. Ces aléas sont problématiques pour des entreprises cotées en bourse.

- Orange invite également la Commission à réfléchir sur de possibles améliorations de la procédure de déconfidentialité, qui est longue et peut être fastidieuse pour les entreprises (parties à l'opération et tiers), notamment quand le conseiller-auditeur intervient. Par ailleurs, les entreprises sont dépourvues de moyens de recours efficaces si des informations sont in fine publiées par la Commission contre leur avis, car l'information aura été rendu publique par la publication même de la décision.
- Enfin, compte tenu de la récente décision de l'Autorité de la concurrence française 16-D-24 en matière de gun jumping, Orange invite la Commission à étudier la possibilité d'élaborer au niveau européen un cadre plus clair qui permette aux parties de sécuriser les procédures de due diligence et de préparation du plan d'intégration post-opération, hors les cas de volonté manifeste des entreprises de mettre en œuvre sans attendre l'accord des autorités.
