Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Paris, 02 juin 2022

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Réponse des autorités françaises à la consultation publique de la Commission européenne lancée le 6 mai 2022 relative à la révision de certains aspects procéduraux du contrôle des concentrations de l'Union européenne

Réf : HT.6038

La consultation lancée par la Commission porte sur la révision de certains aspects procéduraux du contrôle des concentrations de l'Union européenne. Elle s'inscrit ainsi dans la continuité de précédentes initiatives de la Commission avec l'introduction en 2000 d'une procédure simplifiée pour certaines catégories de cas et de l'élargissement des catégories de cas éligibles à cette procédure en 2013.

Les autorités françaises accueillent favorablement les démarches de la Commission qui visent à poursuivre deux objectifs principaux, d'une part de réduction des charges et des coûts pour les entreprises et pour la Commission et d'autre part, de ciblage des cas qui sont les plus susceptibles de soulever des problèmes de concurrence afin d'optimiser l'utilisation de ses ressources, sans toutefois porter atteinte à l'efficacité du système de contrôle des concentrations au niveau de l'Union européenne.

La Commission propose les quatre séries de mesures de simplification suivantes :

- L'élargissement et la clarification des catégories de dossiers qui peuvent être traitées selon la procédure simplifiée ;
- La rationalisation de l'examen des cas simplifiés ;
- La rationalisation de l'examen des cas non simplifiés ; et
- L'introduction de la possibilité de notifier les opérations de concentration par la voie électronique.

1. L'élargissement des catégories de dossiers qui peuvent être traitées selon la procédure simplifiée

La Commission propose le cumul des deux options qu'elle avait présentées et soumises à consultation en 2021 : ajout de deux catégories d'opérations éligibles à la procédure simplifiée et introduction d'une clause de flexibilité qui lui permettra de décider, de façon casuistique, sur demande des parties, du traitement simplifié de certains dossiers qui n'entrent a priori pas dans la catégorie des opérations simplifiées.

Tout en réaffirmant leur soutien exprimé dans leur note du 18 juin 2021 au principe de cette introduction conjointe de nouveaux cas et d'une clause de flexibilité, les autorités françaises souhaitent formuler des

observations relativement aux nouveaux cas définis par la Commission comme pouvant bénéficier de la procédure simplifiée ou concernés par la clause de flexibilité[1].

1.a) L'élargissement des catégories éligibles à la procédure simplifiée

Le point 5 de la communication relative à une procédure simplifiée recense deux nouvelles catégories de cas qui peuvent en principe bénéficier d'un traitement simplifié, dans le cadre de relations verticales :

(i) Les parts de marché individuelles et cumulées des parties à la concentration sont inférieures à 30% sur les marchés amont et leur part d'achats cumulée est inférieure à 30% ;
(ii) Les parts de marchés en amont et en aval, individuelles ou cumulées des parties sont inférieures à 50%, le delta IHH résultant de la concentration est inférieur à 150 et la plus petite entreprise en termes de part de marché est la même sur les marchés en amont et en aval.

Les autorités françaises soutiennent l'élargissement de la procédure simplifiée à ces deux catégories supplémentaires.

Plus généralement, compte tenu des seuils de parts de marché retenus dans le projet de communication (chevauchements horizontaux et verticaux) et permettant de bénéficier de la procédure simplifiée, les autorités françaises soulignent le risque d'incohérence qui pourrait résulter d'une opération relevant de la procédure simplifiée (part de marché inférieure à 20% en horizontal et inférieure à 30% en vertical) tout en présentant des marchés techniquement affectés au sens du règlement 802/2004. Cette possible incohérence se manifeste pour les marchés où la part de marché des parties serait comprise entre 15% et 20% en horizontal et entre 25% et 30% en vertical. À titre d'exemple, ces différents seuils (de marchés affectés d'une part et de procédure simplifiée d'autre part) sont alignés dans le régime français du contrôle des concentrations.

Les précisions que la Commission pourra apporter permettront aux autorités françaises de mieux comprendre la pertinence des seuils choisis pour l'éligibilité à la procédure simplifiée.

1.b) L'introduction d'une clause de flexibilité

Par ailleurs, la Commission propose d'introduire une clause de flexibilité qui lui permettra, à la demande des parties notifiantes, de traiter des cas selon la procédure simplifiée alors qu'ils ne relèvent pas d'une des catégories éligibles au traitement simplifié visée au point 5 de la communication :

a) Pour les chevauchements horizontaux lorsque la part de marché cumulée des parties à la concentration est inférieure à 25% (la part de marché cumulée est donc comprise entre 20 et 25%). Il est possible de noter à cet égard que la procédure simplifiée devant l'Autorité de la concurrence est possible dès lors que la part de marché cumulée des entreprises concernées est inférieure à 25 % sur des marchés définis de manière constante par la pratique décisionnelle ;
b) Pour les relations verticales lorsque les parts de marché en amont et en aval, individuelles ou cumulées, des parties sont inférieures à 35% (les parts de marché sont donc comprises entre 30 et 35%) et/ou lorsque les parts de marché individuelles ou cumulées des parties à la concentration ne dépassent pas 50% sur un marché et 10% sur l'autre marché ;
c) Pour les entreprises communes dont le chiffre d'affaires et les actifs sont de 100 à 150 millions d'euros dans l'EEE.

Les autorités françaises relèvent que l'introduction d'une telle clause octroie une certaine marge d'appréciation à la Commission qui lui permettra de prendre en compte et de remédier aux effets de seuils en choisissant, à la demande des parties et lorsqu'elle le jugera pertinent, d'orienter une opération

[1] La proposition présentée en 2021 prévoyait l'introduction de nouvelles catégories de cas simplifiés pour des opérations verticales dans lesquelles : les positions des entreprises sur le marché étaient très asymétriques en amont et en aval ; les parts de vente en aval étaient élevées mais les parts d'achat en aval étaient relativement faibles ou les parts de marché cumulées étaient relativement élevées mais avec des incréments limités.

de la procédure classique vers la procédure simplifiée. La détermination des bornes maximales des seuils en deçà desquels il est possible pour les parties notifiantes de demander à la Commission le bénéfice de la procédure simplifiée permet d'assurer aux entreprises une certaine visibilité.

Les autorités françaises y sont favorables dans la mesure où cela ne porte pas préjudice à l'effectivité du contrôle des concentrations qui présenteraient un fort risque concurrentiel.

1.c) Précisions relatives aux garanties et aux exclusions (paragraphe C, points 11 à 24 de la Communication)

Les autorités françaises soutiennent la proposition de la Commission qui vient clarifier et apporter davantage de précisions et de détails à la liste – non exhaustive - des circonstances dans lesquelles une concentration qui remplit les critères d'éligibilité au traitement simplifié est susceptible d'être examinée dans le cadre de la procédure normale.

Les autorités françaises observent en particulier que la Commission propose certains ajouts, notamment avec la création d'une section C.4 relative aux « *autres actifs qui présentent une valeur d'un point de vue concurrentiel* » et les développements consacrés à la section C.6 de la communication (nouvel entrant sur le marché, élimination d'une concurrence potentielle, la cible développe des produits prometteurs, entrave potentielle au développement des concurrents ou à leur accès aux sources d'approvisionnement/débouchés, renforcement des barrières à l'entrée, etc.) qui pourraient constituer un élément de réponse à l'inquiétude qu'elles avaient exprimée dans leur note de 2021.

Les autorités françaises souhaitent en effet s'assurer que les acquisitions dites « prédatrices », qui constituent des opérations comportant un risque de nocivité particulièrement élevé, soient examinées par la Commission dans le cadre de la procédure ordinaire.

Les autorités françaises considèrent qu'il est important de veiller à ce que la révision proposée par la Commission du règlement 802-2004 et de la communication sur la procédure simplifiée s'inscrive en cohérence avec ses autres initiatives de réforme et les réglementations à venir, notamment la priorité d'action au niveau européen contre les acquisitions prédatrices : les autorités françaises réitèrent ainsi leurs inquiétudes relatives aux opérations qui se déroulent sur des marchés innovants et en particulier les opérations qui entreraient dans le champ d'application de l'obligation d'information dans le cadre du règlement DMA.

Pour les autorités françaises, il est ainsi essentiel que la Commission soit en mesure d'examiner toute opération qu'elle estimerait potentiellement problématique selon la procédure classique, y compris lorsque cette dernière est en principe éligible à la procédure simplifiée.

Les autorités française notent également que parmi les possibilités d'exclusion figurent les opérations susceptibles d'avoir un impact sur des « marchés voisins étroitement liés ». Cette notion de marchés liés n'apparaît en revanche pas dans les catégories éligibles à une procédure simplifiée, contrairement aux marchés donnant lieu à des chevauchements horizontaux ou verticaux, alors même que la Communication sur l'appréciation des concentrations non horizontales (2008/C 265/07) recouvre les concentrations verticales et conglomérales. En France, les marchés présentant des liens de connexité sont traités de manière similaire aux marchés liés verticalement. Ainsi, sont éligibles à la procédure simplifiée, les opérations sur lesquelles les parts de marché des entreprises concernées sur des marchés liés sont inférieures à 30 %.

Afin d'assurer une meilleure visibilité aux entreprises notifiantes, la Commission pourrait s'interroger sur la pertinence d'ajouter dans les catégories éligibles à une procédure simplifiée les opérations concernant des marchés liés lorsque les parts de marché des parties sont inférieures à 30 % sur chacun des marchés liés.

Il convient par ailleurs de relever que la question de la Section 11 du Formulaire CO simplifié (« Short Form CO ») portant sur les marchés voisins étroitement liés est rédigée de manière moins précise que le point 17 du projet de communication. Afin de lever toute ambiguïté pour les entreprises notifiantes, il serait opportun de reprendre littéralement dans la Section 11 la formulation du point 17.

2. La rationalisation de l'examen des cas simplifiés en réduisant les exigences d'information et les discussions préalables à la notification

Concernant les cas simplifiés, la Commission propose de remplacer le formulaire CO simplifié (annexe II du règlement d'exécution du règlement sur les concentrations) qui consiste actuellement à des questions à réponse « libre » par des tableaux à remplir et des questionnaires avec des réponses à cocher par les entreprises notifiantes.

Les autorités françaises considèrent que la démarche de la Commission de simplifier davantage le formulaire de notification afin d'alléger les démarches des entreprises notifiantes est positive dès lors que le niveau d'informations transmises est suffisant pour lui permettre d'apprécier si une opération éligible à la procédure simplifiée devrait finalement être réorientée vers la procédure normale. A cet égard, il pourrait être pertinent, lorsqu'il s'agit d'une question qui est davantage soumise à l'appréciation des parties (existence de droits de véto, caractère de plein exercice d'une entreprise commune, etc.) de laisser la possibilité aux parties d'étayer leur réponse (oui/non), si elles le souhaitent, dans un encadré dédié.

Dans ce cadre, cette contrainte allégée pour les entreprises devra les inciter à veiller à la précision de leurs réponses dont elles restent seules responsables de l'exactitude, en particulier s'agissant d'informations qui peuvent désormais être purement déclaratives.

Les autorités françaises soutiennent l'introduction d'une procédure « super-simplifiée » dans laquelle il n'est pas nécessaire pour les entreprises de solliciter des contacts préalables à la notification pour certains cas (entreprise commune hors EEE, absence de chevauchements horizontaux d'activités ou de relations non horizontales entre les parties); cette phase de pré-notification étant particulièrement pertinente dans le cadre d'opérations complexes, dont les opérations simplifiées visées par la proposition peuvent a priori être exclues.

3. La rationalisation de l'examen des cas non simplifiés

La Commission propose de réviser le formulaire CO de notification en :

- identifiant les sections pour lesquelles les entreprises peuvent faire des demandes de dérogation ;
- limitant les exigences d'information pour les marchés concernés par la clause de flexibilité du projet de révision de la communication relative à la procédure simplifiée ;
- introduisant des tableaux concernant les chevauchements horizontaux et relations verticales sur les produits en cours de développement ;
- supprimant certaines informations demandées à la section 8 du formulaire actuel concernant les accords de coopération, les échanges entre Etats membres et les importations ainsi que les associations professionnelles.

Les autorités françaises sont favorables à une rationalisation de l'examen des cas non simplifiés en allégeant la collecte d'informations pour qu'elle soit à la fois proportionnée et efficace.

Les autorités françaises s'étaient toutefois positionnées en 2021 en faveur de l'option 1 présentée par la Commission qui consistait à distinguer les sections consacrées aux informations factuelles et à la défense

des intérêts ainsi qu'à l'introduction d'un tableau présentant une vue d'ensemble de tous les marchés affectés.

Ainsi, les autorités françaises restent réservées quant à la formalisation, dans le cadre de la Section 4 paragraphes (9) à (12) du Formulaire CO, de la possibilité pour les parties notifiantes de soumettre en phase de pré-notification des demandes de dérogation sur des informations qu'elles estiment ne pas être nécessaires à l'examen de l'affaire. Les autorités françaises estiment en particulier que les informations requises au titre de la section 8 de l'actuel formulaire concernant les marchés affectés et les marchés en cours de développement sont déterminantes et cruciales dans l'appréciation d'une opération par la Commission.

Les autorités françaises accueillent favorablement l'ajout de tableaux à compléter aux Sections 7 et 8 du Formulaire CO. Il pourrait néanmoins être pertinent d'uniformiser les formulations des paragraphes 7.2, 7.3 et 8.2 afin de clarifier que les tableaux doivent être reproduits autant de fois que nécessaire pour couvrir tous les marchés possibles que les parties envisagent et qui sont envisagés par la pratique décisionnelle.

Les autorités françaises accueillent favorablement la proposition de la Commission de rationaliser les formulaires RS de renvoi et RM relatif aux propositions d'engagements.

4. L'introduction de la notification dématérialisée par voie électronique

Enfin, les autorités françaises soutiennent pleinement l'introduction de la possibilité de notifier les opérations par voie électronique.

Cette réforme s'inscrit dans la lignée de la pratique déjà instaurée au niveau national par l'Autorité de la concurrence depuis 2019 pour certaines opérations et élargie en juin 2021 à l'ensemble des opérations et va permettre un allégement conséquent des charges pesant sur les entreprises et la Commission.