

Consultation publique sur les modalités d'introduction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur

Réponse d'IBM

IBM apprécie l'opportunité qui lui est offerte par la consultation publique de l'Autorité de la concurrence (« **AdIC** ») de présenter son point de vue sur les changements envisagés des règles françaises en matière de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification.

Ces dernières années, les obligations réglementaires applicables aux opérations de fusion et d'acquisition se sont multipliées. La Commission européenne (la « **Commission** ») a introduit une nouvelle interprétation de l'article 22 du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le « **Règlement sur les concentrations** ») et cherche aujourd'hui de nouvelles options suite à l'annulation de cette nouvelle approche par la Cour de justice de l'Union européenne (« **CJUE** »), après seulement quelques années d'application. Les mécanismes de contrôle des investissements directs étrangers se sont multipliés dans toute l'Europe – et au-delà. Enfin, le nouveau règlement européen relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (« **FSR** ») est venu rajouter un niveau de contrôle supplémentaire.

IBM salue les efforts constants de l'AdIC pour préserver la concurrence, l'innovation et le bien-être des consommateurs. Toutefois, IBM considère en l'espèce qu'un nouvel alourdissement de la charge réglementaire pesant sur les entreprises n'est pas une solution appropriée.

IBM note que la nécessité d'un cadre plus prévisible et plus favorable aux entreprises pour l'application du droit de la concurrence a été largement reconnue par les autorités de concurrence au niveau international. La Commission a récemment souligné dans sa « boussole pour la compétitivité » que « *la simplification de l'environnement réglementaire, la réduction de la charge administrative et la promotion de la rapidité et de la flexibilité* » sont des facteurs-clés de la compétitivité européenne.

De même, dans le récent document d'orientation stratégique ('Strategic Steer') de l'autorité de concurrence du Royaume Uni (« **CMA** »), le gouvernement britannique relève que « *dans ses échanges avec les entreprises la CMA devrait être proactive, transparente, opportune, prévisible et réactive* ». En effet, comme l'a souligné la directrice générale de la CMA : « *la prévisibilité est la clé de la confiance des investisseurs* ». Elle note également que le Royaume-Uni se réserve « *un champ de compétence inhabituellement large comparé au reste du monde* », ce qui peut « *créer une incertitude quant à savoir si l'autorité de concurrence examinera ou non une transaction* » ; des initiatives visant à limiter certains aspects de cette compétence devraient ainsi être adoptées.

Il serait étrange que l'AdIC prenne la direction exactement opposée à celle de la Commission et de son voisin anglais. L'Option 1 présentée dans le document de consultation, à savoir l'introduction d'un dispositif d'évocation, par l'AdIC, d'une opération de concentration sous les seuils de contrôle prévus par l'article L. 430-2 du code de commerce, et l'Option 2, à savoir la création d'une nouvelle obligation de notification basée sur des décisions antérieures de l'AdIC ou de la Commission, iraient à l'encontre des objectifs de simplicité, de rapidité et de sécurité juridique précédemment rappelés. Ces options alourdiraient la charge réglementaire pesant sur les parties et augmenteraient aussi bien la durée de la procédure que le degré d'incertitude pour les investisseurs comme pour leurs cibles.

Plus précisément, les **Options 1 et 2 ne prévoient pas de garanties suffisantes pour limiter les obligations envisagées aux transactions ayant un effet au niveau national.**

Les principes directeurs du Réseau international de la concurrence (RIC) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), fondés sur les concepts de courtoisie, d'équité et de souveraineté qui prévalent en droit international, exigent que tout exercice de la compétence soit fondé sur un lien substantiel entre la transaction envisagée et le territoire en cause. Bien que la proposition de l'AdIC reconnaisse cette exigence, les Options 1 et 2 n'offrent pas de garanties suffisantes à cet égard.

L'Option 1 prévoit un seuil de chiffre d'affaires cumulé pour les parties en France. Cela ne garantit toutefois pas que la transaction elle-même ait un lien avec le territoire français, car ce seuil pourrait être

atteint par l'acquéreur seul. De même, l'exigence selon laquelle l'opération doit "*menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire français*" est insuffisante pour garantir la sécurité juridique et ne peut, en soi, écarter le risque d'une interprétation extensive de la compétence juridictionnelle.

L'Option 2 prévoit un lien entre l'opération de concentration et le territoire français, mais ne fournit aucune indication claire sur la manière dont ce critère serait apprécié en pratique et sur les éléments qui seraient pris en compte pour éviter que l'AdIC n'excède son champ territorial.

L'option 1 est disproportionnée.

IBM relève que dans l'affaire *Illumina*, même si elle concerne le Règlement sur les concentrations et non les règles françaises, la CJUE a rappelé de manière générale "*l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration*" (§ 206 de l'arrêt). Ces principes devraient également s'appliquer aux parties à une opération soumise au contrôle des concentrations en France. La mise en place artificielle de pouvoirs d'évocation au sein des États membres, permettant aux autorités nationales soit de renvoyer l'examen de l'affaire à la Commission sur le fondement de l'article 22 du Règlement sur les concentrations, soit d'examiner elles-mêmes les opérations, sans tenir compte du besoin de sécurité juridique des parties, irait à l'encontre de la jurisprudence de la CJUE.

Si la possibilité de consulter l'AdIC offre en théorie aux parties plus d'informations quant à la possibilité que leur opération soit évoquée, elle ne résout pas les difficultés liées à la planification du calendrier et la préparation des documents contractuels, et alourdit encore une fois la charge réglementaire pesant sur les parties .

L'option 2 est trop large.

L'option 2 revient à établir une présomption selon laquelle toute opération de concentration mettant en jeu une partie qui a déjà été sanctionnée ou a accepté des engagements sur le fondement du droit de la concurrence serait plus susceptible de produire des effets anticoncurrentiels. Cette option s'écarte nettement de la jurisprudence de la CJUE, qui préconise une application du droit de la concurrence fondée sur les effets et non sur des présomptions irréfragables.

Il en résulterait en outre une augmentation significative du nombre de notifications, sans que l'intervention de l'AdIC ne puisse être ciblée sur les cas réellement problématiques – ce qui risque d'aboutir à un gaspillage des ressources de l'AdIC, sans lui permettre de concentrer ses efforts sur le nombre limité d'opérations susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence.

Enfin, il serait redondant d'imposer des obligations supplémentaires aux entreprises qui ont déjà fait l'objet de décisions défavorables en matière de concurrence. Les engagements convenus avec les autorités de concurrence - que ce soit dans le cadre d'une procédure de concentration ou d'une procédure fondée sur les articles L.420-1 ou L.420-2 du Code de commerce ou équivalent - éliminent *par définition* les problèmes de concurrence qui ont pu être identifiés. De même, l'interdiction d'une concentration permet par principe d'éviter l'émergence d'une entreprise susceptible de se comporter d'une manière préjudiciable à la concurrence. Il n'est donc pas nécessaire d'exiger une notification pour toute entreprise ayant été confrontée à une telle issue à la suite d'une procédure de l'AdIC ou de la Commission.

Au contraire, **l'Option 3**, qui repose sur la capacité existante de l'AdIC d'appliquer le droit de la concurrence à la suite de la mise en œuvre d'une concentration, en ce compris la possibilité d'ordonner la dissolution de la concentration sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce si celle-ci résulte en un abus de position dominante, **reflète un juste équilibre entre le besoin de sécurité juridique et l'application nécessaire du droit de la concurrence.**

En particulier, l'Option 3 permet à l'AdIC de cibler stratégiquement les concentrations ayant des effets négatifs sur la concurrence. Il s'agit donc du meilleur outil pour garantir une application proportionnée et appropriée du droit de la concurrence. Elle évite par ailleurs d'imposer de nouvelles obligations réglementaires aux parties et, partant, d'entraver la compétitivité des entreprises européennes. En outre, cette option est conforme à la jurisprudence de la CJUE, puisque sa base juridique a été affirmée

par la plus haute juridiction. En effet, dans l'arrêt *Towercast*, la CJUE a confirmé que l'AdIC, et les autres autorités nationales de concurrence, peuvent utiliser les articles 101 et 102 TFUE à la suite de la mise en œuvre d'une opération de concentration. Pour préserver la sécurité juridique des entreprises, il semble essentiel d'éviter l'adoption d'une modification législative qui pourrait devoir être abrogée dans quelques années à la suite d'une décision contraire des juridictions européennes.

IBM note également qu'étant donné la possibilité, pour l'AdIC, d'appliquer le droit de la concurrence à toute concentration si elle génère des effets négatifs sur le marché, des pouvoirs supplémentaires **seraient inutiles et feraient double emploi.**

Pour toutes ces raisons, IBM considère que les outils dont l'AdIC dispose actuellement sont suffisants et invite l'AdIC à abandonner les Options 1 et 2 au profit de l'Option 3.