

Consultation de l'Autorité de la Concurrence - Introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification

Observations d'Open Markets Institute

Introduction

En tant que membre de la société civile, nous sommes reconnaissants d'avoir l'opportunité de présenter des observations en réponse à la consultation de l'Autorité concernant la mise à jour des seuils de contrôle des concentrations.

Le travail d'Open Markets Institute consiste à promouvoir l'application du droit de la concurrence afin que nos démocraties soient préservées, nos sociétés soient plus justes et nos économies soient plus résilientes et innovantes. Pour ce faire, Open Markets Institute participe aux débats publics aux Etats-Unis et en Europe notamment en publiant des rapports et en soumettant des observations aux régulateurs. Notre organisation a par exemple publié un rapport intitulé « *Stopping Big Tech from Becoming Big AI: a Roadmap for Using Competition Policy to Keep Artificial Intelligence Open for AI* » en octobre 2024¹ et a participé à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'IA générative².

Actualiser les seuils juridictionnels français nous semble non seulement indispensable mais également urgent. La France est en retard, plus de 40 juridictions dans le monde ont déjà mis à jour leurs règles afin d'appréhender le rachat de sociétés émergentes ne dépassant pas les seuils juridictionnels mais pouvant pourtant soulever des préoccupations de concurrence³. Tant que le régime français restera inchangé, ces acquisitions continueront d'être mises en œuvre. L'Autorité doit désormais pouvoir agir avant que de telles opérations soient réalisées.

Certains rachats de petites sociétés peuvent effectivement soulever de sérieux problèmes de concurrence. Ces opérations peuvent conduire à la disparition d'une force concurrentielle qu'elle soit du côté de la cible ou de l'acquéreur (ce dernier peut absorber un actif et arrêter tout effort de développer un produit de son côté), deux scénarios qui affectent l'innovation et la qualité des produits sur les marchés. Cette stratégie permet à l'acquéreur de renforcer et protéger sa position dominante au détriment des utilisateurs, des entreprises rivales ou clientes mais également de l'économie dans son ensemble.

L'exemple du secteur digital est, à cet égard, criant. Les entreprises de la *Big Tech* ont déployé une stratégie consistant à renforcer et protéger leurs positions dominantes par la création d'écosystèmes gigantesques, l'érection de barrières commerciales et technologiques, la mise en œuvre de pratiques discriminatoires et le rachat de petites sociétés. Les acteurs de la *Big Tech* auraient racheté des centaines d'entreprises et très peu d'entre elles auraient été notifiées. En

¹ <https://www.openmarketsinstitute.org/publications/report-stopping-big-tech-big-ai-roadmap>.

² <https://www.journalismliberty.org/publications/comment-france-autorite-concurrence-competition-generative-ai>.

³ <https://www.hoganlovells.com/en/publications/call-in-the-merger-cavalry-how-new-intervention-powers-are-transforming-merger-control>.

construisant leur monopole, les acteurs contrôlent aujourd’hui des services devenus essentiels (comme le *cloud* ou les réseaux sociaux) pour les consommateurs, les PME, les *start-ups* mais aussi les gouvernements. Ceci rend nos sociétés entièrement dépendantes à leurs services et, de ce fait, affaiblit notre économie.

Plusieurs régulateurs constatent l’échec des règles de concurrence ayant permis à ces opérations de se réaliser, et réclament aujourd’hui que la situation antérieure à l’opération soit rétablie par une séparation des activités en cause. Des exemples incluent les services de publicité de Google, issus notamment du rachat de Google/DoubleClick et d’Admeld, et les réseaux sociaux Instagram et WhatsApp rachetés par Facebook⁴. Un rapport de la Commission a souligné qu’une mise en œuvre trop souple du droit de la concurrence aurait contribué, parmi d’autres facteurs, à la dégradation des conditions de concurrence lors des vingt dernières années⁵.

La France est concernée par ces problèmes puisque plusieurs opérations ont vu le jour sans être examinées mais ont pourtant affecté la concurrence. Il est donc impératif que le contrôle des concentrations français soit efficace et robuste. Cela permet d’assurer que les marchés demeurent concurrentiels et équitables, ce qui stimule l’innovation, la croissance et l’emploi.

Pour ce faire, les règles juridictionnelles doivent être mises à jour. Parmi les trois options envisagées par l’Autorité, le pouvoir d’évocation nous semble le plus équilibré afin d’atteindre plusieurs objectifs. Il permet notamment d’agir vite sans attendre une décision d’une autorité et est encadré par des conditions strictes, dont un seuil quantitatif, et des lignes directrices afin d’assurer un minimum de sécurité juridique.

1. Nos sociétés ont besoin d’un contrôle des concentrations robuste

Certains rachats de petites entreprises échappent au contrôle de concentration car les sociétés-cibles ne génèrent pas ou peu de chiffre d’affaires dans le pays concerné. C’est typiquement le cas de petites entreprises dans des secteurs niches, de *start-up* ou de société faisant de la recherche et développement. Pourtant, ces absorptions par des entreprises dominantes peuvent soulever de réelles préoccupations de concurrence pour plusieurs raisons.

Ce type de rachat peut en effet permettre à une entreprise dominante d’éliminer des concurrents (*killer acquisitions*), de cesser elle-même d’innover de son côté (*reverse killer acquisitions*), de renforcer et protéger sa position sur le marché en construisant un écosystème ou en procédant à une intégration verticale ou conglomérale. Ce type d’opération a alors un effet délétère sur plusieurs paramètres de concurrence dont l’innovation, les prix, la qualité ou la variété des produits.

Cette stratégie concerne l’économie entière et en particulier les secteurs digital et pharmaceutique.

- Dans le secteur digital (de la *Big Tech*): un rapport britannique a constaté que sur 400 opérations par les acteurs de la *Big Tech* entre 2008 et 2018, très peu d’entre elles auraient

⁴ Les autorités américaines et européennes ont déclaré envisager la séparation de services de publicité de Google du reste du groupe. L’autorité de concurrence américaine a déposé une plainte à l’égard de Facebook et sollicite la séparation de WhatsApp et Instagram du reste du groupe.

⁵ Commission européenne, DG concurrence, «*Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects* », 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/3714497>.

été notifiées et aucune interdite⁶. Une étude a aussi montré que sur 175 opérations réalisées entre 2015 et 2017 par les GAFAM (Google, Amazon, Microsoft, Apple), l'acquéreur aurait mis fin au service racheté dans 60% des cas⁷. Or, la cessation d'un produit ou d'un service constitue un indicateur pour savoir si une entreprise procède justement à une *killer acquisition*.

- La même stratégie est constatée dans le secteur pharmaceutique et plus précisément dans le secteur de la *biotech*. Sur 240 fusions horizontales étudiées, l'entreprise dominante aurait arrêté de développer le produit visé par l'opération dans 40% des cas⁸.

Ce type d'acquisitions non notifiables contribue au renforcement du pouvoir d'entreprises dominantes. Les effets délétères de la concentration de marché ont été soulignés dans un rapport de la Commission concluant que les conditions de concurrence se sont dégradées lors des dernières années, et ce au profit des entreprises les plus puissantes et *a contrario* au détriment des consommateurs et de la société dans son ensemble.⁹ La France n'est pas épargnée par ce constat puisque selon ce même rapport, l'économie française souffre d'une concentration de marché plus élevée que d'autres pays de l'Union européenne et ceci a un effet sur les prix¹⁰.

Selon la Commission, une mise en œuvre trop souple du droit de la concurrence à l'égard des entreprises les plus rentables dans le monde aurait contribué, parmi d'autres facteurs, à l'accroissement de la concentration de marché et la dégradation des conditions de concurrence.

Il est donc impératif d'assurer que les règles de contrôle de concentrations soient robustes et efficaces¹¹. C'est bien l'économie tout entière qui tire profit de règles de droit de la concurrence efficaces et appliquées pleinement. Un processus concurrentiel sain a des retombées positives sur l'innovation, la croissance et l'emploi¹². Il est donc erroné d'estimer qu'un contrôle de concentration robuste nuise à l'innovation. A titre d'exemple, en maintenant une situation de concurrence entre plusieurs sociétés, ces dernières ont davantage d'incitation à améliorer leur produit que si elles avaient fusionné. En outre, un contrôle de concentration efficace permet de renforcer la résilience des marchés et des chaînes d'approvisionnement. Notamment dans le secteur digital, favoriser l'émergence de nouveaux acteurs permet de limiter la dépendance de nos économies aux grandes entreprises de la *Big Tech*. Ce point est particulièrement applicable

⁶ Jason Furman, « *Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* », mars 2019 p. 18.

⁷ Axel Gautier et Joe Lamesch « *Mergers in the Digital Economy* » (2020), CESifo Working Paper No. 8056, <https://ssrn.com/abstract=3529012>, p.6.

⁸ Commission européenne, DG concurrence, « *Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects* », 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/3714497>. Voir également le rapport suivant qui étudie les *killer acquisitions* dans le secteur pharmaceutique: Colleen, Cunningham, Florian Ederer, et Song Ma. « *Killer acquisitions* », *Journal of political economy* 129.3, 2018.

⁹ Commission européenne, DG concurrence, *Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/089949>.

¹⁰ Les prix de la bière et du ciment seraient respectivement 150% et 60% plus élevés que dans d'autres pays. Selon une autre étude, les taux de marge en France auraient augmenté de 0,5 points entre 1980 et 2016 : Denis Hearn, « *Harms from Concentrated Industries: a Primer* »; p8. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/ccsi-harms-from-concentrated-industries.pdf>

¹¹ Des règles efficaces incluent notamment un contrôle *ex ante* car laisser une opération anticoncurrentielle se réaliser pendant plusieurs années permet aux entreprises concernées de tirer profit de l'opération.

¹² Commission européenne, DG concurrence, *Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, 2024.

aux services de l'IA et du *cloud* où de nombreuses start-ups voient le jour et sont convoitées par plusieurs entreprises dominantes.

2. Les règles françaises doivent être mises à jour

Dans son état actuel, le contrôle des concentrations français ne permet pas d'examiner les rachats d'entreprises émergentes¹³ mais qui peuvent pourtant soulever de sérieuses préoccupations de concurrence. Or en raison de cette lacune juridique, certaines opérations ont pu échapper au contrôle de l'Autorité et affecter la concurrence française.

- Le rachat de la société biotech **Principia Biopharma** par **Sanofi** en 2020 pour une valeur d'environ 3 milliards d'euros n'était pas notifiable et a été suivie par un arrêt de certaines activités de Principia Biopharma¹⁴. Nous comprenons qu'un des médicaments cible était en concurrence avec un des médicaments développés par Sanofi. Nous voyons donc l'arrêt de développement du produit de Principia comme une atteinte à l'innovation et à la concurrence.
- En 2016, l'acquisition de l'application de filtre en réalité augmentée **Masquerade** (connu sous le nom MSQRD) par **Meta** (alors **Facebook**) n'a également pas été notifiable en France ni en Europe. Or, quatre ans plus tard, Facebook a fermé l'application alors qu'elle rencontrait *a priori* un « succès fulgurant », faisant partie du top 10 d'applications téléchargées dans plusieurs pays en 2016 et était utilisée en France¹⁵. Certains auteurs avancent que Facebook n'aurait pas continué à mettre à jour le service, ce qui aurait contribué à rendre MSQRD moins populaire, et aurait favorisé son propre service concurrent appelé Spark AR au détriment de MSQRD. Ces éléments illustrent l'impact du rachat sur l'innovation et la qualité du service¹⁶.

Par ailleurs, le cas d'**illumina/Grail** illustre parfaitement les lacunes du cadre juridique français existant. Pour mémoire, cette affaire a été marquée par un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne interdisant à la Commission d'accepter des renvois d'autorités nationales de concurrence si elles ne sont pas compétentes pour le faire. Or, si l'opération devait être réalisée dans les conditions actuelles, l'Autorité n'aurait pas le pouvoir de renvoyer l'affaire à la Commission européenne et le dossier échapperait à tout contrôle ... alors qu'un examen approfondi de plus d'un an a précisément révélé que l'opération devait être interdite.

En outre, nous pouvons souligner l'acquisition d'**Instagram** par **Facebook** en 2012 qui a échappé au contrôle de la Commission européenne ou de l'Autorité. Aux Etats-Unis, une des autorités de la concurrence poursuit actuellement Facebook en justice : elle estime que le rachat constituerait une infraction au droit de la concurrence puisqu'il aurait permis à Facebook d'évincer ses concurrents potentiels et de renforcer sa position dominante sur le marché des réseaux sociaux. L'autorité de la concurrence sollicite la scission du service Instagram du groupe

¹³ Ces sociétés (*start-ups*, de la *biotech*) ne génèrent généralement pas ou peu de chiffre d'affaires en France, malgré un lien de connexité avec le marché français, et donc ne dépasse pas le seuil de chiffre d'affaires individuel de 50 millions d'euros.

¹⁴ <https://www.biospace.com/sanofi-cleans-house-cuts-assets-from-principia-and-ablynx-buyouts>

¹⁵ Sur l'arrêt du service : <https://www.theverge.com/2020/3/13/21178982/msqrd-ar-selfie-app-shutting-down-mobile-app-april-facebook> ; sur son succès : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/03/11/face-a-snapchat-facebook-rachete-une-application-de-selfies_6003262_4408996.html

¹⁶ Pour mémoire, le groupe Meta a procédé de la même manière pour d'autres produits. Le géant américain a effectivement racheté les services Nextstop, Gowalla, Beluga et Lightbox sans devoir de notification en Europe et a annoncé l'arrêt de ces services quelques mois plus tard.

Meta¹⁷. En outre, en Europe, l'opération a permis au groupe Meta de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles concernant ses services Instagram et Facebook¹⁸. En l'absence de l'opération, Instagram seul n'aurait pas mis en œuvre ces pratiques. Puisque le réseau social accueille 24 millions d'utilisateurs en France, ces pratiques touchent nécessairement le marché français.

Ces différentes opérations, ayant vraisemblablement restreint la concurrence sur le marché français tout en échappant au contrôle de l'Autorité ou de la Commission européenne, montrent l'urgence pour le gouvernement de mettre à jour les règles juridictionnelles lui permettant de préserver la concurrence dans le pays.

3. Le pouvoir d'évocation comme outil le plus approprié pour remédier à cette lacune

L'Autorité présente trois options : (i) un pouvoir d'évocation, (ii) une obligation de notification pour toute entreprise visée par une décision antérieure en droit de la concurrence et (iii) une intervention postérieure à la réalisation des opérations de concentrations sur le fondement des interdictions existantes de pratiques anticoncurrentielles.

Le **pouvoir d'évocation** – qui implique un critère qualitatif, un critère quantitatif, des lignes directrices et une politique de « porte ouverte » de la part de l'Autorité – nous semble être la solution la plus équilibrée et proportionnée pour les raisons suivantes.

- Il permet à l'Autorité de revoir les acquisitions de sociétés, tout secteur confondu, ne générant pas de chiffre d'affaires en France mais étant néanmoins susceptible d'affecter la concurrence en France.
- L'Autorité pourra agir sans contrainte temporelle ou administrative liée à une décision d'infraction ou de désignation en droit de la concurrence. Certains marchés (comme les services digitaux tels que l'IA ou le *cloud*) évoluent extrêmement rapidement. Attendre une décision d'une autorité à l'issue d'une procédure de plusieurs années n'est pas compatible avec la réalité du marché.
- Puisque ce pouvoir serait déclenché seulement quand l'opération menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire français, il n'y aura pas de revue systématique de l'ensemble des opérations impliquant une société-cible générant peu ou pas de chiffre d'affaires en France.

Il est donc faux d'affirmer que ce pouvoir impliquera une charge administrative disproportionnée pour l'Autorité et les entreprises. Un rapport de l'OCDE souligne justement que le changement de régime en Allemagne et en Autriche n'a pas augmenté le nombre d'opérations revues¹⁹. De la même manière, la crainte des parties notifiantes de voir leur projet interdit est infondée : depuis 2009, sur environ 3 000 décisions de

¹⁷ <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v> ; <https://www.reuters.com/legal/meta-will-face-antitrust-trial-over-instagram-whatsapp-acquisitions-2024-11-13/>

¹⁸ Le groupe a été condamné pour avoir appliqué des conditions commerciales non équitables aux services de publicité des deux réseaux sociaux et est soupçonné d'avoir instauré un système de « *pay or consent* » qui serait contraire à la régulation européenne sur les plateformes digitales (DMA) : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_7728 et https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3582.

¹⁹ OCDE, « *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note* » 2020, paragraphe 176.

contrôles de concentrations françaises, seulement quatre d'entre elles ont fait l'objet d'une interdiction²⁰.

- Le pouvoir permet à l'Autorité d'agir avant que l'opération soit réalisée ou peu de temps après sa réalisation. Cela permet d'assurer un maximum de sécurité juridique pour les parties et de faciliter l'éventuelle imposition d'engagements.
- Le pouvoir est strictement encadré par des critères, l'Autorité ne dispose donc pas d'une large marge de manœuvre. Notamment le critère quantitatif (complété par des lignes directrices) est objectif et permet d'assurer une sécurité juridique aux sociétés.
- Enfin, en adoptant ce pouvoir, l'Autorité s'aligne sur les pouvoirs existants plus de 40 juridictions dans le monde (dont les Etats-Unis, la Chine et le Canada) et dix pays d'Europe²¹. Cela permet aux autorités de mieux se coordonner afin de faire face aux menaces générées par certaines opérations.

En revanche, les deux autres options ne nous semblent pas suffisamment efficaces pour faire face aux enjeux auxquels.

- L'obligation de notification fondée sur l'existence d'une décision antérieure n'est pas assez flexible pour s'adapter aux évolutions du marché. Par exemple, cela ne permet pas à l'Autorité d'intervenir avant qu'un marché ne bascule (« *market tipping* »). Dans l'attente d'une décision pouvant intervenir après plusieurs années, les rachats peuvent être réalisés et avoir des effets néfastes sur les marchés concernés.

Par ailleurs, il est possible que cette obligation soit en pratique applicable seulement aux sociétés des secteurs digital et pharmaceutique – visés par de nombreuses décisions en droit de la concurrence – alors que d'autres pans de l'économie sont concernés par les opérations ne dépassant pas les seuils juridictionnels²².

- L'intervention postérieure à l'opération fondée sur les interdictions de pratiques anticoncurrentielles implique une longue procédure qui n'est pas adaptée à la temporalité de certains marchés (dont les marchés digitaux). En plus, elle suscite de l'insécurité juridique pour les parties puisqu'une enquête peut avoir lieu plusieurs années après l'opération²³.

Nous pensons donc que le pouvoir d'évocation est l'option la plus appropriée.

²⁰ Autorité de la concurrence, rapport annuel de 2023.

²¹ <https://www.hoganlovells.com/en/publications/call-in-the-merger-cavalry-how-new-intervention-powers-are-transforming-merger-control>.

²² Voir les secteurs de l'équarissage et de la TNT visés par des affaires françaises (décision n° 24-D-05 du 02 mai 2024 de l'Autorité de la concurrence et Towercast, arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, aff. C-449/21) ou le secteur du marché d'échanges de biens énergétiques visé par le renvoi à la Commission européenne dans l'affaire EEX/Nasdaq (affaire M.11241). Le président de l'Autorité de la concurrence néerlandaise a aussi souligné le cas de marchés régionaux (tels que les services médicaux, de garderie ou de réparation automobile) et des marchés niches (tels que l'assurance) pouvant impliquer des opérations ne dépassant pas les seuils : <https://www.acm.nl/en/publications/blog-martijn-snoep-small-mergers-big-problems>.

²³ Voir l'affaire 24-D-05 clôturée 5 ans après l'opération.