

Consultation de l'Autorité de la concurrence du 14 janvier 2025 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

Observations d'Orange

L'Autorité de la concurrence (« **ADLC** » ou « **Autorité** ») procède à une nouvelle consultation en matière de contrôle des concentrations afin d'introduire un système de contrôle pour certaines opérations ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur.

L'ADLC propose des modalités d'intervention qui viendraient compléter le cadre juridique existant et demande aux acteurs de soumettre leurs observations sur les propositions qu'elle présente.

Cette consultation s'inscrit dans le cadre des réflexions déjà lancées en 2017 et 2018 et fait suite à l'arrêt *Illumina/Grail* de CJUE du 3 septembre 2024 aux termes duquel l'article 22 du règlement européen relatif aux concentrations (« **règlement Concentrations** »)¹ n'autorise pas les autorités nationales à renvoyer à la Commission européenne des opérations sous les seuils de notification lorsque ces autorités elles-mêmes ne sont pas compétentes pour examiner ces opérations.

Tout en partageant les préoccupations de l'Autorité sur la nécessité de disposer d'un mécanisme efficace de contrôle des concentrations pour prévenir d'éventuelles atteintes à la concurrence, Orange estime que la modification du régime de contrôle des concentrations doit être définie avec la plus grande attention afin de ne pas fragiliser le système existant et ne pas porter atteinte à la sécurité juridique des entreprises.

Il est essentiel d'éviter qu'une évolution des outils visant à capturer certaines opérations particulièrement problématiques en matière de concurrence, n'entraîne une surcharge disproportionnée pour l'Autorité et les entreprises, ainsi qu'un effet dissuasif risquant de freiner le développement économique du pays et son attractivité. En effet, une incertitude réglementaire accrue et un surcoût administratif peuvent inciter les parties à la concentration à détourner les activités françaises concernées afin de réduire l'insécurité juridique ou les risques d'exécution de la transaction.

Pour atteindre ces objectifs, Orange estime ainsi que toute intervention sous les seuils en vigueur doit respecter les principes suivants.

Premièrement, il convient de rappeler que l'objectif du contrôle des concentrations n'a jamais été de superviser l'ensemble des opérations économiques, mais d'intervenir uniquement sur celles susceptibles de nuire à la concurrence.

¹ Règlement (CE) No 139/2004 DU CONSEIL du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Il est également important de souligner que le contrôle des concentrations impose des contraintes significatives aux entreprises notamment en matière des coûts très élevés et des délais de procédure souvent longs, avec une incertitude quant à l'issue de l'opération.

Au fil des années, ce contrôle est devenu de plus en plus lourd, avec des demandes d'informations de plus en plus conséquentes et exigeantes, nécessitant souvent une mobilisation importante de ressources. De plus, les demandes de documents internes deviennent de plus en plus complexes nécessitant le recours à des entreprises spécialisées. Afin de répondre au mieux aux autorités de concurrence, les parties sont souvent contraintes de fournir des analyses économiques approfondies, ce qui engendre une surcharge de travail et des surcoûts.

Enfin, la mise en place d'engagements souvent très contraignants peut avoir un impact majeur sur les synergies initialement attendues et sur l'équilibre global de l'opération, remettant parfois même en cause son intérêt.

Ainsi, les seuils de notification jouent un rôle crucial en ciblant les opérations les plus susceptibles d'affecter la concurrence. Cette approche permet de mobiliser les ressources des entreprises et des autorités nationales ou communautaires sur les transactions ayant un impact significatif sur le marché, tout en allégeant les obligations pour les entreprises dont les opérations sont de moindre envergure et peu susceptible d'affecter la concurrence.

Par ailleurs, comme rappelé régulièrement par l'Autorité et la Commission européenne, même parmi les opérations notifiées, la très grande majorité est approuvée sans engagements. En effet, en France, en 2023, l'Autorité a examiné 266 consolidations dont 262 ont été approuvées sans engagements et 4 ont été autorisées sous réserve de mise en œuvre d'engagements². En 2024, l'Autorité a autorisé 295 consolidations dont 97% concernent des autorisations sans engagements³. Entre 2009 et 2023, 96,59 % des opérations ont été autorisées sans condition, 3,34% ont été soumises aux engagements et seulement deux opérations ont été interdites.

Ces statistiques montrent que seule une fraction réduite des opérations susceptibles d'être notifiées sur la base des seuils en vigueur crée réellement un problème de concurrence sur les marchés et nécessite soit une interdiction, soit des engagements. Cela met en évidence l'importance d'un cadre de contrôle bien calibré pour éviter tout excès de régulation. Ainsi, une extension du cadre actuel du contrôle des concentrations à de nouvelles formes d'intervention ne devrait, en toute logique, avoir vocation qu'à capturer un nombre d'opérations très marginal.

*Deuxièmement, il faut rappeler que les seuils de contrôle ont été définis pour garantir aux entreprises une prévisibilité et une sécurité juridique. Comme rappelé par la CJUE dans son arrêt récent *Ilumina/Grail* « la détermination de la compétence des autorités nationales de concurrence par référence à des critères liés aux chiffres d'affaires est un gage important de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises concernées qui doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme, ... lorsqu'elles s'engagent dans une opération de concentration.»⁴*

² Rapport annuel 2023 de l'Autorité

³ [2024, année historique pour l'Autorité de la concurrence : 1,4 milliard d'euros de sanctions prononcées et un nombre record de 295 opérations de concentration examinées | Autorité de la concurrence](#)

⁴ ECLI:EU :C:2024:677, 3 septembre 2024, Arrêt *Ilumina / Grail*, paragraphe 209

La création de nouveaux critères qui ne seraient pas clairs et prévisibles conduirait à une insécurité juridique et accorderait aux autorités de concurrence une marge de manœuvre discrétionnaire excessive, ce qui pourrait conduire à une application inégale et potentiellement arbitraire des règles. Une telle flexibilité pourrait dissuader les entreprises de mener des opérations potentiellement bénéfiques, par crainte d'un contrôle *ex post* imprévisible.

De plus, la multiplication des pouvoirs de différentes autorités nationales pour saisir des opérations sous les seuils en vigueur à travers des pouvoirs d'évocation risque de créer une complexité accrue et une insécurité importante pour les opérations multi-juridictionnelles. Cela mettrait plus généralement en cause le système du guichet unique au niveau européen en l'absence d'une révision des seuils européens.

Troisièmement, le rapport récent de M. Draghi⁵ sur la compétitivité européenne mandaté par la Commission européenne met en évidence que la charge réglementaire pesant sur les entreprises européennes est élevée et continue de croître. Il met en avant la nécessité de simplifier les procédures administratives, de les rendre plus rapides et plus faciles, et de réduire la charge réglementaire afin de renforcer la compétitivité européenne et de favoriser l'innovation et les investissements. C'est également l'objectif du gouvernement français comme le montre son projet de loi de simplification.

De plus, dans son document *Competitiveness Compass for the EU 2025*⁶ la Commission elle-même indique que la nouvelle approche de la politique de concurrence de l'UE doit non seulement simplifier et accélérer l'application des règles, mais aussi mieux les cibler. Elle doit garantir une approche cohérente, favorable aux objectifs globaux de l'UE, notamment en comblant le retard en matière d'innovation et en répondant au besoin d'une échelle efficace lorsque cela est pertinent.

Un contrôle trop large irait à l'encontre de ces objectifs en ajoutant une surcharge administrative pour les entreprises et en complexifiant davantage les processus de consolidation, déjà considérés comme une rigidité propre à l'Europe et comme un facteur de perte progressive de compétitivité, en particulier dans le secteur du numérique.

Quatrièmement, une surcouche de contrôle pourrait dissuader les entreprises d'investir ou de se développer en France. Face à une accumulation des règles, des incertitudes et inflation parallèle des coûts des opérations, certaines entreprises pourraient choisir de réaliser leurs acquisitions ailleurs qu'en France, ou de sélectionner leurs actifs en fonction des risques d'exécution propres à chaque pays, affaiblissant ainsi l'attractivité économique française. Ce risque serait particulièrement important dans les secteurs innovants, où la rapidité d'exécution est clef au succès des entreprises.

Enfin, compte tenu de l'empilement de règles en matière de concentrations (contrôle des concentrations avec une généralisation quasi systématique de la phase de pré-notification avant la notification formelle, règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (« FSR »), règlement européen sur les marchés numériques (« DMA ») qui nécessite souvent une coordination entre autorités de concurrence et Commission, la création d'une nouvelle strate de contrôle pourrait ralentir le processus d'examen de l'ensemble des dossiers,

⁵ https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en

⁶ https://commission.europa.eu/document/download/10017eb1-4722-4333-add2-e0ed18105a34_en

y compris ceux ne posant aucune difficulté, au détriment des intérêts économique des entreprises.

Si la volonté de détecter certaines opérations potentiellement nuisibles est légitime, toute extension du contrôle au-delà du cadre actuel doit rester proportionnée aux enjeux afin de ne pas compromettre la prévisibilité du cadre réglementaire et la sécurité juridique. Une extension excessive du dispositif, sans réelle garantie d'un meilleur contrôle des opérations problématiques, pourrait manquer sa cible principale : la préservation de la concurrence.

Si un équilibre approprié n'est pas trouvé, le nouveau régime risquerait de freiner de manière silencieuse, mais certaine, un grand nombre d'opération qui seraient soit avortées, soit abandonnées après une évaluation des enjeux financiers et des risques d'exécution. Cela est d'autant plus vrai dans les secteurs à forte innovation, où les capitalisations sont élevées, mais où les perspectives de rentabilité restent très incertaines, avec parfois un chiffre d'affaires quasi inexistant en phase de développement.

Le caractère très préparatoire et sans doute volontairement très large à ce stade des options proposées en consultation ne permet pas une discussion profonde sur la mise en œuvre des solutions.

Toutefois Orange souhaite contribuer à la réflexion engagée par l'ADLC en soumettant des commentaires qui nous paraissent devoir conduire à une discussion beaucoup plus détaillée dans le cas où l'une des options serait explorée réellement.

1. Option 1 : Un pouvoir d'évocation de l'Autorité sur la base de critères quantitatifs et qualitatifs

En 2018, Orange avait fait part d'une certaine ouverture concernant la mise en œuvre d'un pouvoir d'évocation. Néanmoins, depuis le cadre du contrôle des concentrations a sensiblement évolué avec la création d'un contrôle spécifique des contrôleurs d'accès à travers le DMA, l'introduction de nouvelles contraintes formelles très lourdes pour les plus grandes entreprises au titre du contrôle des subventions étrangères (FSR), et une approche des autorités, en particulier de la Commission, qui n'a pas permis de faire émerger une ligne claire sur la mise en œuvre des outils d'analyse.

Face à cet accroissement de l'incertitude, le cadre que pourrait revêtir ce pouvoir d'évocation soulève désormais des questions d'autant plus importantes qu'il s'inscrit dans un contexte d'accélération fulgurante des innovations et des partenariats internationaux, où la vitesse et la capacité de réaction de nos écosystèmes nationaux sont devenues un enjeu économique.

Tel qu'il est exposé dans la consultation publiée par l'ADLC, ce pouvoir d'évocation est décrit de manière générique puisqu'il :

- ✓ serait limité aux opérations pour lesquelles le CA total en France cumulé des entreprises dépasse un certain seuil ;

- ✓ concernerait les opérations qui « *menacent d'affecter de manière significative la concurrence* » en France ;
- ✓ serait exerçable durant un laps de temps limité ;
- ✓ offrirait la possibilité de consulter l'Autorité en cas de doute.

Comme précédemment invoquée, Orange n'est pas opposée par principe à ce pouvoir d'évocation.

En revanche, en aucun cas ce pouvoir d'évocation ne doit devenir un moyen pour l'ADLC de se saisir de toute opération non-notifiable sans prévisibilité suffisante pour les entreprises. A défaut, cette occurrence pourrait être systématiquement perçue comme un risque inhérent à toute opération de concentration, ce qui ne correspond ni à l'objectif ni à la finalité a priori de l'Autorité.

Un pouvoir d'évocation ne devrait être envisagé que sous la condition qu'il puisse être activé de manière extrêmement limitée, afin de contrôler des consolidations impliquant des entreprises qui jouent, ou sont susceptibles de jouer, un rôle concurrentiel important, en dépit de la faiblesse de leur chiffre d'affaires au moment de la prise de contrôle, les plaçant ainsi sous les seuils de contrôle.

Cette approche est également conforme aux orientations données par la Cour de Justice dans son arrêt *Illumina / Grail* où la Cour rappelle que « *par ailleurs, même à supposer que les évolutions observées sur certains marchés, impliquant notamment des entreprises innovantes qui jouent ou sont susceptibles de jouer un rôle concurrentiel important en dépit du fait qu'elles génèrent peu ou pas de chiffre d'affaires au moment de la concentration, justifient d'élargir le champ des opérations méritant un examen préalable, il est loisible aux États membres de revoir à la baisse leurs propres seuils de compétence fondés sur le chiffre d'affaires prévus par la législation nationale* ». ⁷

Pour Orange, ce pouvoir d'évocation ne doit donc s'appliquer que de manière marginale, uniquement dans des situations réellement problématiques impliquant des circonstances particulières.

Afin d'atteindre cet objectif, Orange formule ses observations sur les conditions de contrôle en dessous des seuils proposés par l'Autorité :

- *Chiffre d'affaires en France*

L'ADLC propose que soit pris en compte « *un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France* ».

Un seuil cumulatif national seul poserait, en pratique, plusieurs problèmes :

⁷ ECLI:EU :C:2024:677, 3 septembre 2024, Arrêt *Illumina / Grail*, paragraphe 217

- Il capterait de nombreuses opérations, sans que les entreprises concernées aient nécessairement une présence significative en France, ni que l'opération présente un risque majeur pour la concurrence sur le territoire ;
- Ce seuil se réfère uniquement au chiffre d'affaires cumulé des parties en France, ce qui signifie que si l'une des parties ne réalise aucun chiffre d'affaires en France, mais que l'autre franchit le seuil de chiffre d'affaires cumulé, l'opération pourrait tout de même être contrôlée ;
- Avec ce seuil, une très grande partie des opérations de concentration, et notamment celles réalisées par les grandes entreprises, pourrait potentiellement être soumise à un contrôle des concentrations ;
- Si ce seuil est retenu tel que proposé, il élargirait indûment le champ d'application du contrôle des concentrations en permettant l'utilisation systématique du pouvoir d'évocation et en contournant ainsi les seuils définis par les textes nationaux et européens, qui revêtent « *une importance cardinale dans le contrôle des concertations* » comme le rappelle justement l'arrêt *Illumina / Grail*.⁸

Orange estime qu'il est important que ce premier critère permette déjà de filtrer les opérations avant de procéder à l'analyse du deuxième critère (effet sur le marché). Autrement, pour la grande majorité des opérations, les parties seraient obligées de réaliser une auto-évaluation des effets de leurs opérations sur le marché, ce qui complexifierait les consolidations pour les entreprises en augmentant leurs coûts, les délais des opérations et la part d'incertitude liée à l'issue de leurs projets.

Pour éviter que ce premier critère n'aboutisse à un contrôle très large et disproportionné, il est essentiel, d'une part, que ce seuil cumulatif soit suffisamment élevé afin de ne concerner que des opérations d'envergure.

D'autre part, il est nécessaire de définir une condition de nexus local permettant de limiter le contrôle aux opérations dans lesquelles les parties exercent une activité significative sur le territoire français. En effet, en l'absence d'une telle activité, il n'existe, a priori, aucun risque d'effet anti-concurrentiel sur le marché français.

Pour cela, une possibilité serait d'associer le seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France à un seuil *de minimis* de chiffre d'affaires ou de valeur d'actifs en France concernant la cible. C'est notamment le cas au Royaume Uni, où l'activité de la cible dans le pays constitue l'un des critères permettant de déclencher le contrôle.

Enfin, toujours dans le souci de bien calibrer les opérations assujetties au contrôle, il est également essentiel que ce seuil de chiffre d'affaires soit combiné à d'autres critères.

Par exemple, l'ADLC pourrait envisager d'introduire un critère hybride associant un seuil de chiffre d'affaires à un seuil de part de marché, à l'instar de ce qui existe au Royaume-Uni.⁹ Il

⁸ ECLI:EU:C:2024:677, 3 septembre 2024, Arrêt *Illumina / Grail*, paragraphe 208

⁹ Le critère de parts de marché a également été introduit en Lettonie et Slovaquie

pourrait s'agir de la part de marché cumulée des parties ou de la part de marché d'au moins d'une des parties.

Cette approche se justifie pour les activités où les marchés pertinents sont définis sur la base de précédents existants ou sont faciles à identifier. Elle permet ainsi d'effectuer un premier filtrage et de concentrer le contrôle sur les opérations susceptibles de nuire à la concurrence en renforçant la position des parties à la concentration.

Il n'en reste pas moins que cette approche a ses limites et ne permet pas de couvrir les cas où les marchés pertinents ne sont pas préalablement définis. Par exemple, pour les activités de start-ups dans des secteurs émergents ou connexes à des activités traditionnelles, il est difficile pour les parties ou pour l'Autorité d'avoir des éléments nécessaires pour identifier ou définir d'emblée les marchés concernés et l'impact de l'opération.

Il faut néanmoins se rappeler que sur des marchés innovants, une forte position à un instant donné ne permet pas nécessairement de caractériser un pouvoir de marché, compte tenu de la rapidité avec laquelle d'autres technologies peuvent émerger et concurrencer l'acteur en place. La Commission l'a d'ailleurs reconnu en indiquant que ces marchés étaient « *caractérisés par des entrées fréquentes sur le marché et des cycles d'innovation courts dans lesquels des parts de marché importantes peuvent s'avérer éphémères. Dans un contexte aussi dynamique, la Commission estime que sur ce marché de fortes parts de marché ne sont pas nécessairement révélatrices d'un pouvoir de marché et, par conséquent, d'une atteinte à la concurrence* »¹⁰.

Quelques exemples qui montrent ce changement rapide :

- **WeWork** (Espaces de coworking) : a été une licorne valorisée à près de 47 milliards de dollars avant une chute spectaculaire ;
- **Theranos** (Biotechnologie) : une licorne valorisée à des milliards de dollars avec la promesse de révolutionner les tests sanguins. L'histoire de Theranos a été un exemple frappant de la façon dont une innovation prometteuse peut s'effondrer en peu de temps ;
- **Zoom** (Communication vidéo) : a connu une ascension fulgurante pendant la pandémie de COVID-19, lorsque les besoins en communication à distance ont explosé. En 2020, sa valorisation a bondi et Zoom est devenu un "champion" du secteur de la vidéoconférence. Or la concurrence d'autres plateformes de communication comme Microsoft Teams, Google Meet, et même Skype a depuis fragilisé Zoom.

On le voit le tri concernant les positions ou les effets d'opérations concernant des acteurs innovants sont parfois difficilement prédictibles, et peuvent ne pas être durables.

Orange estime que le DMA permet de faire ce tri et pour ces situations, il serait sans doute plus pertinent d'introduire un outil alternatif permettant de mettre en œuvre l'Article 14 du DMA, qui a perdu sa pertinence et sa validité avec l'arrêt *Illumina / Grail*.

En effet, à la suite de cet arrêt, il n'est plus possible de renvoyer les opérations non-notifiable au niveau national à la Commission européenne sur la base de l'Article 22 du règlement

¹⁰ Traduction libre, décision de la Commission COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp du 3 mars 2014, §.99

Concentrations, ce qui empêche désormais de contrôler les opérations des contrôleurs d'accès sous les seuils en vigueur, lesquelles peuvent tout de même poser des problèmes de concurrence en raison du rôle primordial joué par ces derniers sur les marchés numériques (voir la réponse ci-dessous concernant l'Option 2).

- *Opération qui « menace d'affecter de manière significative la concurrence »*

Cette exigence, qui est présente dans plusieurs pays européens disposant d'un pouvoir d'évocation (Irlande, Norvège, Islande, Danemark, etc.), devrait être accompagnée de lignes directrices dans lesquelles l'ADLC exposerait les critères lui permettant de qualifier une opération susceptible « *d'affecter de manière significative la concurrence* » afin de donner aux entreprises un niveau suffisant de sécurité juridique et de prédictibilité.

Compte tenu du grand nombre d'opérations de concentration réalisées chaque année en France, la définition de ces critères de manière claire et pragmatique jouera un rôle primordial dans l'auto-évaluation par les entreprises du risque d'être soumises à un contrôle des concentrations *ex post*.

Si ces critères sont définis de manière trop large ou ambiguë, Orange estime que l'Autorité devra prendre en compte le risque de recevoir un nombre très élevé de demandes de lettres de confort puisque les entreprises chercheront une sécurité juridique dans des délais encadrés avant de procéder à leurs opérations. Le risque deviendra alors fort de créer un process bureaucratique extensif alors même que la mise en œuvre de ce pouvoir serait très limitée.

De plus, si ces critères devenaient trop complexes à interpréter ou conduisaient à un contrôle d'un nombre trop important d'opérations sous les seuils, les acteurs économiques pourraient être incités à organiser leurs opérations de concentration de manière à contourner la France, en raison des incertitudes importantes sur la faisabilité réglementaire de l'opération.

La définition des critères d'analyse des opérations susceptibles « *d'affecter de manière significative la concurrence* » doit donc permettre à l'ADLC de prioriser les opérations à examiner et d'optimiser la gestion de ses ressources.

Ainsi, ce pouvoir d'évocation ne devrait en toute logique être utilisé que de façon exceptionnelle et par conséquent ne créerait pas un flux important d'opérations additionnelles à analyser par l'ADLC comme le montre la pratique des pays ayant déjà introduit cette disposition.

L'expérience en Suède, pays pour lequel nous disposons d'un recul suffisant, montre que ce droit d'évocation est utilisé au rythme d'environ 1 à 2 cas par an en moyenne.

En Italie, ce système a été intégré très récemment à la législation locale (2022) et a été mis en œuvre en 2023 notamment dans un cas ayant abouti à une autorisation de phase 1¹¹ et un cas ayant donné lieu à une phase 2¹².

¹¹ AGCM case no. C12583 - IGPDECAUX/CLEAR CHANNEL ITALIA decision of non-initiation decision no.31062 of 13/02/2024

¹² AGCM case no. C12586 - IGNAZIO MESSINA & C./TERMINAL SAN GIORGIO opening decision no. 31066 of 27/02/2024

En Lituanie, ce droit d'évocation a été utilisé une fois en 2022 (opération bloquée dans le secteur de la distribution de tickets dans l'événementiel) et en 2023 pour autoriser une opération sous réserve d'engagements dans le secteur de la maintenance d'ascenseurs.

Orange estime que les hypothèses suivantes de préoccupations substantielles de concurrence pourraient être envisagées dans des lignes directrices, *inter alia* :

- Lorsque l'opération conduirait à la création ou au renforcement conséquent d'une position dominante sur des marchés identifiés ;
 - Lorsqu'une entreprise dominante sur un marché, acquiert une entreprise détenant une innovation réellement importante sur ce même marché de nature à avoir un impact réel et prévisible sur ce marché.
- *Intervention limitée dans le temps*

Comme l'ADLC, Orange considère que le délai dans lequel le contrôle peut être mis en œuvre doit être limité et que ce délai doit être court afin de garantir un maximum de sécurité juridique aux entreprises. Ainsi, un délai de 3-6 mois, en ligne avec la plupart des pays européens¹³, est un délai acceptable. En effet, un délai plus long affecterait la sécurité juridique des entreprises, freinerait les investissements et pourrait décourager les entreprises de se développer en France.

S'agissant du moment à partir duquel ce délai commence à courir, si Orange est d'accord pour que ce pouvoir s'exerce dès lors que l'ADLC dispose de cette information, cela ne peut prendre la forme d'une obligation d'information formelle systématique pesant sur les entreprises.

En effet, dans ce cas de figure, la tentation sera grande que cette information soit fusionnée avec une lettre de confort afin que le délai soit épuisé plus rapidement.

Orange considère qu'à partir du moment où l'ADLC peut raisonnablement avoir connaissance de l'opération (des modalités de publicité en ligne minimale requises pourraient à ce titre constituer une garantie pour l'entreprise que son opération est connue, en particulier dans un environnement où les IA sont et seront susceptibles de récupérer périodiquement ces informations), le délai doit courir à partir de ce moment (s'il a été satisfait une exigence de publicité minimale), et en tout état de cause, le pouvoir d'évocation ne doit pas pouvoir s'exercer après le *closing* de l'opération.

- *Mécanisme de consultation de l'Autorité*

Ce mécanisme, qui paraît inévitable dans les faits, puisque les entreprises chercheront de toute façon à se prémunir contre les risques d'incertitudes sur les transactions les plus stratégiques qui ne dépassent pas les seuils de notifications, permettrait aux parties d'anticiper les risques liés à l'opération en soumettant celle-ci à l'Autorité à l'avance pour ne pas compromettre le calendrier et le succès de l'opération plus tard.

¹³ Norvège, Lituanie, Italie, Irlande, Lettonie, Hongrie

Pour que ce mécanisme soit efficace, l'Autorité, après une analyse préliminaire et dans un délai suffisamment court (deux semaines, par exemple), devrait soit constater l'absence de problèmes de concurrence, soit confirmer son intérêt pour examiner l'opération.

Si l'Autorité ne considère pas l'opération problématique à ce stade, elle ne pourra plus se prévaloir de son pouvoir d'évocation plus tard. Si l'Autorité manifeste son intérêt, elle devra exercer son pouvoir d'évocation dans des délais raisonnables qui ne doivent là encore pas dépasser 3 à 6 mois à partir du moment où l'entreprise s'est approchée de l'Autorité.

Conclusion : Si un pouvoir d'évocation devait être mis en place, ce pouvoir d'évocation devrait être limité aux opérations qui dépassent un certain seuil exprimé en CA cumulé en France combiné avec un critère de parts de marché. Un seuil *de minimis* en France exprimé en CA de la cible devait également être introduit.

Le contrôle ne doit concerner que les opérations qui *prima facie* menace d'affecter de manière significative la concurrence. Des lignes directrices devraient décrire de manière claire et exhaustive les hypothèses d'affectation significative de la concurrence.

Enfin, Orange soutient la mise en place d'un délai entre trois et six mois avec un point de départ qui pourrait naître notamment avec des modalités de publicités minimales.

2. Option 2: Un nouveau seuil de notification obligatoire fondé sur l'existence d'une décision antérieure de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne (i) d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations, ou (ii) de sanction ou d'engagements en pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du code de commerce, ou (iii) lorsqu'une des parties à la concentration a été désignée contrôleur d'accès par la Commission européenne en vertu du règlement européen sur les marchés numériques (DMA)

Orange est fermement opposé aux points (i) et (ii) de cette option qui créent une discrimination entre les opérateurs économiques et qui est juridiquement disproportionnée et non-justifiée. Concernant le point (iii) Orange est d'accord avec l'ADLC dès lors que le DMA ne permet pas en pratique de contrôler ces opérations puisque le règlement prévoit une simple obligation d'informer la Commission européenne.

- S'agissant du point (i)

Si une opération a été interdite au titre du contrôle des concentrations, elle n'a produit aucun effet sur le marché puisque par définition elle n'a pas été réalisée.

Orange ne voit donc pas à quel titre une entreprise qui a vu une opération précédente refusée se verrait appliquer une double peine via une obligation de notification pour toutes ses futures opérations à cause d'une opération qui n'a pas eu lieu. Finalement, dans ce cas de figure, l'entreprise paierait le fait de n'avoir rien fait.

De la même manière, si l'opération a été autorisée avec des engagements, sauf à considérer que la procédure d'engagements est inefficace, la situation concurrentielle sur le marché est par définition restaurée, et donc l'obligation de notification n'a pas de sens.

En effet, la notification de toute nouvelle opération serait là aussi une double peine puisque l'entreprise devrait de manière obligatoire notifier toute nouvelle opération qui n'a pas forcément de lien avec la précédente, et alors que les effets anticoncurrentiels de la première sont réputés neutralisés par des engagements.

- *S'agissant du point (ii)*

L'obligation de notifier appliquée seulement à des opérateurs sanctionnés au titre des articles 102 TFUE ou L.420-2 du code de commerce est problématique dans la mesure où elle crée un statut qui interdirait par nature à certaines entreprises d'opérer sur le marché dans les mêmes conditions que les autres, alors même que la sanction ou d'éventuelles injonctions auront été prononcées, voire déjà payées ou mises en œuvre.

Cette obligation serait d'autant plus inéquitable que l'ADLC indique également que le point (ii) pourrait s'appliquer même dans le cas où la décision au titre de l'article 102 TFUE ou L.420-2 du code de commerce qui fonde l'obligation de notification est encore susceptible de recours.

Il est donc possible qu'une situation se présente où le recours annule éventuellement la décision au titre de l'article 102 TFUE ou de l'article L.420-2 du code de commerce, mais où l'entreprise procède néanmoins à la notification d'une opération, puisque le calendrier de cette opération ne permet pas d'attendre le résultat du recours, qui, en pratique, peut prendre plusieurs années.

Cet outil de contrôle, au-delà de la question d'égalité de traitement devant la loi remet en cause potentiellement le droit de recours effectif. De plus, il ne respecte pas le droit à l'oubli une fois la sanction payée. Ces fragilités juridiques seront source de contentieux.

Par ailleurs, la position dominante n'est pas interdite en tant que telle. Il n'est donc nullement justifié d'imposer une présomption de culpabilité aux entreprises qui détiennent une position dominante et d'ajouter, en conséquence, des contraintes substantielles à tous leurs projets de consolidation.

A cet égard, il faut se rappeler que le régime du contrôle des concentrations est un régime dérogatoire. Il s'agit d'un régime exceptionnel, et comme toute exception, elle doit être interprétée de manière stricte.

Enfin, les deux dispositifs (i et ii) ne font pas de lien entre les marchés où les décisions de contrôle de concentration ou d'abus de position ont été rendues et ceux où l'entreprise envisage une opération de concentration. Il n'est ni justifié ni proportionné de considérer toute opération de concentration d'une entreprise par principe comme potentiellement problématique, quel que soit le marché concerné et la position de l'entreprise sur ce dernier.

Plus généralement, compte tenu du grand nombre d'opérations de concentration réalisées chaque année en France, y compris par des grandes entreprises détenant une position dominante sur un ou plusieurs marchés, et alors même que ces dernières sont souvent les plus susceptibles de disposer de la capacité d'investissement nécessaires (y compris dans des activités ne

soulevant aucune préoccupations possibles de concurrence), il est probable qu'une telle disposition entraîne un afflux important de dossiers, dont le contrôle ne sera pas *in fine* motivé par un impact concurrentiel potentiel mais par la simple qualité de l'une des parties à la transaction. Cette éventualité ne correspond pas à l'objectif visé par l'Autorité.

De plus, une telle mesure pourrait constituer un facteur de disqualification automatique dans les processus d'acquisition impliquant des entreprises françaises ayant été sanctionnées par le passé ou ayant vu leurs projets de consolidation refusés ou approuvés sous conditions. Cela créerait ainsi un déséquilibre significatif pour les acteurs français sur la scène européenne ou internationale.

- *S'agissant du point (iii)*

Orange n'y est pas opposé, dans la mesure où, avec l'arrêt récent *Illumina/ Grail*, l'Article 14 du DMA est vidé de sa substance. En effet, cet article oblige les contrôleurs d'accès à informer la Commission européenne de tout projet de concentration avant sa réalisation *lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de la concentration fournissent des services de plateforme essentiels ou tout autre service dans le secteur numérique ou permettent la collecte de données, que ce projet soit soumis à une obligation de notification à la Commission en application dudit règlement ou à une autorité nationale de concurrence compétente selon les règles nationales en matière de concentrations.*

Le mécanisme de contrôle de ces concentrations prévu par l'Article 14 est le suivant :

- La Commission européenne communique aux autorités compétentes des États membres toute information reçue ;
- Les autorités compétentes des États membres peuvent utiliser les informations pour demander à la Commission d'examiner la concentration conformément à l'article 22 du Règlement Concentrations.

Cependant, l'Article 22 du règlement n'étant plus applicable, il n'existe plus, en pratique, d'outil permettant de contrôler ces opérations.

Orange partage donc la position de l'Autorité sur la nécessité d'introduire un mécanisme permettant le contrôle de ces opérations sous les seuils. En effet, ce nouveau seuil de notification obligatoire est la seule possibilité de revoir ces opérations de concentration réalisées par les contrôleurs d'accès au sens du DMA – opérations qui n'atteignent pas les seuils de concentration et qui pourraient néanmoins affecter la concurrence. Cependant, Orange propose que ce nouveau seuil soit limité au secteur numérique en miroir aux critères établis dans l'article 14 du DMA.

Dans le même temps, il est essentiel que l'outil destiné à encadrer les concentrations des contrôleurs d'accès ne soit pas simplement un moyen de renvoyer par défaut l'opération à la Commission européenne sur la base de l'Article 22 du Règlement Concentrations, mais qu'il prévoit une répartition des compétences fondée sur des critères clairs, ce qui nécessiterait également une révision des règles européennes.

Conclusion : Orange est fermement opposé au point (i) et (ii) mais soutient la mise en œuvre du point (iii) à condition que l'interaction avec les compétences de la Commission européenne soit clarifiée.

3. Option 3 : Limiter l'intervention possible de l'Autorité à la mise en œuvre des dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles (entente, abus de position dominante) postérieurement à la réalisation des opérations de concentration concernées.

Cette option est déjà applicable à droit constant. Orange souhaite simplement rappeler que pour appliquer les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles aux opérations de concentration ne remplissant pas les seuils, l'ADLC devra respecter strictement les conditions issues de la jurisprudence pour mobiliser les articles 101 et 102 TFUE.

Il ne serait pas acceptable d'exposer les entreprises, après la réalisation d'une acquisition, à de lourdes sanctions pour entente ou abus de position dominante, alors qu'en principe, une opération de concentration ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle, sauf si les critères des articles 101 ou 102 TFUE, appliqués strictement, sont remplis.

S'agissant plus particulièrement de l'article 102 TFUE, qui est plus naturellement l'article qui a vocation à s'appliquer, Orange souhaite rappeler qu'en soit une position dominante ou un renforcement de position dominante n'est pas problématique.

En effet, le projet de la Commission européenne des nouvelles lignes directrices sur l'application de l'Article 102 rappelle justement que l'article 102 TFUE n'empêche pas une entreprise d'acquérir une position dominante par ses propres mérites et permet à une entreprise dominante de prendre des mesures raisonnables et proportionnées qu'elle juge appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux.¹⁴

C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé la CJUE¹⁵ en indiquant que c'est à « *l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante* ».

Conclusion : Il ne faut pas minimiser la portée de ce contrôle ex post, qui suppose la détention d'une position dominante et la preuve d'un abus réel constituant une entrave substantielle à la concurrence, en considérant qu'il serait possible de faire l'impasse sur une analyse rigoureuse de ce possible abus dans le cadre des concentrations.

¹⁴ Paragraphes 17 et 49 des lignes directrices

¹⁵ CJUE, C-449/21, 16 mars 2023, Towercast §52.