



# MULTIPLICATION DES OBSTACLES RÉGLEMENTAIRES AUX CONCENTRATIONS

PARIS | MARDI 7 NOVEMBRE, 2023

**POINTS CLÉS**



**Jacques-Philippe Gunther (Associé, Latham & Watkins, Paris/Bruxelles) a modéré la discussion. Ces dernières années, les divergences entre les autorités de concurrence ainsi que les outils affectant le contrôle des concentrations se sont accrus, à travers le nouveau règlement relatif aux subventions étrangères (FSR), le contrôle des investissements étrangers, le Digital Markets Act (DMA), les nouvelles orientations de la Commission européenne relatives à l'article 22 du règlement sur les concentrations et très prochainement une nouvelle communication sur la notion de marchés pertinents.**

#### **Divergences des autorités de concurrence (CMA, FTC-DOJ, Commission européenne)**

- On peut constater une inversion des paradigmes avec un refus de plus en plus marqué aux US et UK des remèdes comportementaux (voir l'affaire Microsoft/Activision), pourtant autorisés dans cette affaire par la Commission.
- Une divergence d'opinion quant aux remèdes structurels et quant à la politique industrielle est constatée entre les autorités européennes, américaines et britanniques.
- De ces éléments ressort le sentiment que l'on assiste à un désalignement entre les autorités, et qu'apparaît une plus grande difficulté à anticiper les analyses du régulateur.

#### **Nouvelles orientations de la Commission sur l'article 22**

- Par son contrôle des « killer acquisitions », la Commission vise notamment les entreprises du numérique, dont les start-ups avec un potentiel important (notamment via l'accès à des matières premières ou à des droits de propriété intellectuelle), ou produisant des intrants essentiels à certains marchés.
- Après l'affaire Illumina/Grail, la Commission a récemment ouvert deux procédures de contrôle des concentrations sur la base de l'article 22, visant des opérations non horizontales, qui ne franchissent pas les seuils nationaux, et où est anticipé un risque de verrouillage du marché :
  - > le 17 août 2023, concernant l'acquisition d'Autotalks par Qualcomm;
  - > le 18 août 2023, concernant l'acquisition de Nasdaq Power par EEX.

#### **Daniele Calisti**

Chef d'unité - Marchés et cas IV : Industries de base, secteur manufacturier et agriculture, Concentrations, DG COMP, Bruxelles

#### **Évolution juridictionnelle de la compétence de la Commission**

- Les orientations sur l'article 22, permettant le renvoi d'affaires par les autorités nationales de concurrence (ANC), ont permis à la Commission de pouvoir traiter des affaires qui ne tomberaient autrement pas dans sa juridiction, quand bien même l'opération pourrait avoir un impact sur les marchés.
- Le jugement Towercast (C-449/21, mars 2023) a affirmé que les ANC peuvent enquêter sur une opération même après qu'elle ait été réalisée.

#### **Évolutions quant à la procédure**

- De nombreuses simplifications de la procédure de contrôle des concentrations sont intervenues, telle que des nouvelles catégories de cas simplifiés, et une baisse significative de la période de pré-notification aussi pour des affaires non-simplifiées.
- Les décisions des ANC britanniques et américaines suggèrent l'avènement d'une nouvelle vague d'interventionnisme. Cela interroge quant à un potentiel manque de coordination des autorités qui peut être perçu comme un obstacle par les entreprises.
- La substance des fusions emporte des questions nouvelles. L'innovation est depuis des années une notion importante dans l'analyse de la Commission dans plusieurs affaires, après les développements dans le secteur pharmaceutique, et d'autres cas industriels ou

> Marie de Monjour a rédigé la synthèse suivante pour Concurrences. Les opinions exprimées dans cette présentation sont celles des intervenants et ne représentent pas nécessairement celles des institutions auxquelles ils sont affiliés.



d'autres produits, tels que GE / Alstom et Dow / Dupont. Plus récemment, la Commission a aussi abordé des questions dans les secteurs des industries de base avec une nouvelle attention à l'importance de l'intégration industrielle. Cela illustre le fait que les aspects horizontaux et non-horizontaux se différencient moins, beaucoup d'affaires présentant des éléments des deux.

- Des 'theories of harm' (e.g., affaires BASF / Solvay ; Wieland / Aurubis), et des théories dites 'diagonales' ont abordé ces nouvelles questions (EssilorLuxottica / GrandVision). Dans le secteur digital, apparaissent des théories d'"écosystèmes", concernant des produits qui peuvent être complémentaires ou connectés à d'autres produits.
- La Commission a publié un "merger brief" dans un nouveau domaine qui commence à jouer un rôle très important en matière de concentrations, à savoir le développement durable.

### Évolution de l'approche de la Commission quant à la question des remèdes

- En 2022, parmi les affaires non-horizontales ayant abouti par des engagements, 3 sur 4 ont été résolues par un remède structurel (précisément 11 remèdes structurels sur 12). L'idée selon laquelle une affaire horizontale suppose un remède structurel, et qu'une affaire non-horizontale suppose remède comportemental doit être démystifiée.
- La Commission considère des remèdes comportementaux particulièrement dans des cas non-horizontaux si ceux-ci sont suffisants et efficaces. Toutefois, on ne peut en tirer la conclusion que les remèdes comportementaux sont la solution préférée dans ce type d'affaires. La pratique de la Commission démontre le contraire.
- La Commission a réaffirmé sa préférence pour les remèdes structurels, et a été très rigoureuse dans son application, sans forcément être plus stricte.
- Certaines affaires en matière d'intégration dans des industries de base (ciment, acier, cuivre) ont mené la Commission à avoir une approche très stricte en matière de remèdes, qui a été validée par le Tribunal en trois occasions dans les dernières années. La contrainte obtenue avec les remèdes doit éliminer intégralement les problèmes identifiés, mais aussi être efficace et durable sur le marché.

### "Theory of harm" des écosystèmes

- Par cette théorie, la Commission n'a pas cherché à créer quelque chose de nouveau, celle-ci se basant toujours sur une observation de la réalité. Ici, le constat a été que certaines opérations peuvent mener à des entraves significatives à la concurrence mais ne sont pas forcément capturées par les "theory of harm" purement horizontales ou non-horizontales.
- Il s'agit d'une théorie classique de la jurisprudence de la CJUE établie bien avant les lignes directrices de 2004.
- Ce concept d'écosystème n'est pas nouveau. L'OCDE a également déjà utilisé ce concept.
- La théorie consiste à viser certaines industries, où des entreprises en position dominante ou quasi-monopole ont des produits dans des marchés connexes qui sont dans l'écosystème du produit principal. La pratique par laquelle une entreprise achète une autre entreprise dans un marché adjacent pour défendre sa position sur le marché principal peut donner lieu à des entraves significatives de concurrence.



## Carles Esteva Mosso

Associé, Latham & Watkins, Bruxelles

### FSR et complexification du cadre réglementaire autour du contrôle des concentrations

- Le FSR est une addition aux régimes de contrôle des concentrations. Il se limite aux opérations de grande envergure, précisément l'achat d'une filiale établie dans l'Union européenne (UE) et ayant un chiffre d'affaire de plus de 500 millions d'euros.
- Le but du règlement est de rétablir l'équilibre entre les États membres de l'UE et les états tiers. En effet, auparavant la Commission examinait uniquement les subsides d'États membres via le contrôle des aides d'Etats.
- La notion de contribution financière utilisée dans le FSR est une notion très large regroupant subsides, avantages fiscaux, investissements publics, et toute vente ou achat à des entités publiques de pays tiers.
- Contrairement au régime des aides Etats, la Commission devra prouver une causalité entre le subside reçu et l'impact qu'il aura sur la concurrence dans le marché intérieur.
- Les entreprises devront mettre en place des outils et mécanismes de collectes informations qui pourront être demandées dans le cadre d'une notification sous le FSR. Les provisions d'accords entre entreprises devront également prendre en compte cette nouvelle réglementation. Il sera nécessaire pour les entreprises de développer une stratégie coordonnée vis-a-vis des différents régimes de contrôle des M&A (concurrence, investissements étrangers, FSR).

### Désalignement entre les autorités de concurrence américaines, britanniques et européennes

- Ces dernières années, est constatée une évolution d'un système qui prisaient la convergence internationale vers un système où l'on trouve plus de divergences, notamment par le biais d'affaires se déroulant sur le plan international (e.g., Cargotec / Konecranes, Aon / Willis Towers Watson, Meta / Giphy, Meta / Kustomer).
- Quand ces divergences peuvent être dues à des différences de marché ou d'analyses, trois raisons particulières sont retenues :
  - > Une différence de perception des remèdes est constatée, certaines autorités s'opposant "par principe" aux remèdes n'étant pas strictement structurels (Google / Fitbit) ;
  - > Une différence de substance est constatée. En outre, la nouvelle proposition de lignes directrices aux États Unis témoigne d'une direction très dure et de positions juridiques très formalistes ;
  - > Les divergences témoignent d'un changement de perception globale. Anciennement, si des autorités partageant les mêmes objectifs et analyses économiques divergeaient dans leurs conclusions divergent, alors leur légitimité était remise en cause. Aujourd'hui, la légitimité de l'autorité se base plutôt sur sa capacité à imposer son approche dans son analyse.

### "Theory of harm" des écosystèmes

- Cette nouvelle théorie entraîne un risque de remettre en question une opération conglomerale qui ne produit pas d'effet de verrouillage, et par conséquent de confondre les effets anti-concurrentiels avec les effets pro-concurrentiels qui découlent de ces opérations.
- L'opération Booking / eTraveli aurait permis d'attirer marginalement plus de clients avec une offre plus élargie. Il s'agit d'une efficacité de marché, hors la théorie des écosystèmes semble renvoyer à une vision plus structuraliste du contrôle des concentrations. Cette théorie est ici difficile à distinguer des théories d'effets de portefeuilles abandonnées par la Commission avec ses lignes directrices sur les fusions non horizontales.



## Benoît Durand

Associé, RBB Economics, Bruxelles

### Nouvel environnement d'examen du fond des opérations de concentrations

- Il est utile de distinguer opération horizontale et non-horizontale. Le standard appliqué aux opérations horizontales n'a pas évolué. La Commission reste assez stricte, particulièrement si le marché est assez concentré.
- En revanche sur les opérations verticales, est relevé un durcissement dans l'approche de la Commission. Sur la question de potentiels effets de verrouillage causés par une opération verticale, l'approche de la Commission a évolué, devenant plus sophistiquée. L'opération TomTom / TeleAtlas de 2008 est un exemple de concentration qui n'aurait certainement pas été autorisée sous cette nouvelle analyse.
- Si on se concentre sur les 10 dernières décisions de la Commission à l'issue d'une phase II :
  - > 2 décisions d'interdictions d'opérations non-horizontales:
    - Booking/Etraveli – opération conglomérale
    - Illumina/Grail – opération verticale
  - > 2 décisions pour lesquelles la Commission a conclu que la nature verticale de l'opération pourrait entraîner des effets anti-concurrentiels (et donc des engagements ont été soumis):
    - Broadcom/VMWare
    - Microsoft/Activision Blizzard
  - > La plus grande proportion d'opérations non horizontales en phase II n'indique pas forcément un durcissement de l'approche de la Commission. Il se pourrait que les opérations horizontales qui n'ont aucune chance d'être approuvées ne soient plus proposées. Cependant l'évaluation du risque pour les opérations non horizontales est plus difficile.

### Nouveau règlement FSR

- Les opérations de grande envergure qui doivent être doublement notifiées, et où la distorsion de concurrence n'est pas évidente, interrogent. En effet, le raisonnement avancé par la Commission selon laquelle une contribution étrangère pourrait entraîner une distorsion de concurrence est spéculatif.
- Supposons que si l'entreprise A achète l'entreprise B grâce des subventions étrangères perçues, cela pourrait empêcher l'entreprise C d'acheter l'entreprise B car elle n'a pas reçu de subventions. Est-ce dommageable ? Seulement si la fusion entre les entreprises B et C pourrait entraîner plus de gains d'efficacité que l'autre opération.
- L'approche que prendra la Commission sur ce point est attendue. En effet, les subsides étrangers peuvent aussi générer des effets positifs (e.g., stimulation de l'innovation).

### "Theory of harm" des écosystèmes

- Le terme écosystème renvoie à un ensemble de produits ou de services interconnectés, où bien souvent des produits dépendent d'un produit phare.
- Un écosystème pourrait donner lieu à des problèmes de concurrence lorsque le fournisseur du produit phare a le pouvoir et la volonté de verrouiller le système pour limiter son orbite aux produits et services qu'il produit.
- L'utilisation de cette théorie dans l'affaire Booking / eTraveli est surprenante. Selon la Commission, après l'opération Booking aurait pu profiter de ventes croisées, ce qui aurait accru son pouvoir de marché sur son marché principal. Il s'agirait donc d'une « efficiency offense ».