

CONCURRENCE

Faut-il réformer le droit de la concurrence ?

Le droit de la concurrence est actuellement sous le feu des projecteurs. Il lui est notamment reproché d'empêcher l'émergence de champions européens et de ne pas contrôler assez efficacement les «géants» du numérique. Pour autant, les pistes de réforme avancées méritent d'être remises en perspective, au-delà de toute considération sectorielle ou conjoncturelle.



Par Dan Roskis,
associé, Eversheds
Sutherland

L'adaptation du droit de la concurrence aux enjeux économiques européens et mondiaux est vivement débattue depuis quelques mois.

Ces discussions se sont notamment intensifiées suite à l'interdiction, par la Commission européenne (la Commission) de la fusion Alstom/Siemens le 6 février 2019. Cette décision a en effet été critiquée en Allemagne et en France où l'opération avait bénéficié d'un fort soutien des gouvernements concernés. Le débat s'est depuis élargi au-delà du contrôle des concentrations et une réflexion est désormais lancée sur une évolution de l'ensemble des règles de droit de la concurrence.

Contrôler les «acquisitions tueuses» («killer acquisitions»)

Preuve de leur dynamisme économique, les GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) procèdent régulièrement à l'acquisition d'autres entreprises. Certains considèrent que ces acquisitions sont un moyen de «tuer dans l'œuf» le développement de concurrents innovants. Le grief a d'ailleurs été avancé concernant certaines acquisitions dans le secteur pharmaceutique. Ces opérations sont d'autant plus critiquées que, concernant des entreprises en développement réalisant des chiffres d'affaires limités, voire inexistantes, elles échappent au contrôle des autorités de concurrence. La valeur des sociétés cibles résiderait en effet dans les données qu'elles ont accumulées ou dans des services complémentaires ou en cours de développement.

Dans un tel contexte, il a été proposé de faire évoluer les seuils ou conditions de contrôle des concentrations au-delà desquels les opérations concernées doivent être notifiées et recueillir l'aval des autorités de concurrence.

Selon le modèle nord-américain, une option consisterait à introduire un seuil en «valeur de la transaction». Ce dernier critère permettrait d'appréhender la capacité concurrentielle potentielle d'une entreprise à l'aune de la valorisation consentie, malgré son faible chiffre d'affaires. Un tel mécanisme pourrait cependant être contourné par certains acteurs,

en réduisant artificiellement le montant de la transaction et en l'accompagnant par exemple d'avantages non-financiers significatifs.

Il est également envisagé de mettre en place un contrôle ex post de certaines transactions. Ce système permettrait aux autorités de concurrence de contrôler certaines opérations considérées comme problématiques, après leur closing. Un tel système soulèverait des difficultés sérieuses en termes de sécurité juridique pour les entreprises, sauf à l'encadrer dans des délais très courts. Resterait en outre à déterminer les critères précis et objectifs de déclenchement du contrôle, ce que de simples «préoccupations substantielles de concurrence» ne permettraient pas. Enfin, la remise en cause par l'autorité compétente d'une opération déjà réalisée poserait des problèmes juridiques et économiques inextricables.

Il faut aussi rappeler que les règles actuelles ont permis à la Commission de contrôler un certain nombre d'opérations dans le secteur numérique - et non des moindres - dont notamment les opérations Facebook/WhatsApp (2014), Google/DoubleClick (2008) ou Apple/Shazam (2018). L'existence de réelles carences dans le contrôle des autorités justifiant une remise en question des règles actuelles est donc à nuancer.

Favoriser l'émergence de champions européens

Le refus de la Commission d'autoriser le rachat d'Alstom par Siemens a conduit à de nombreuses critiques portant sur la difficulté à faire émerger des champions européens. La Commission ferait une application trop stricte des règles de contrôle des concentrations, ne prenant pas assez en compte le contexte international, et notamment la concurrence émanant d'entreprises chinoises ou américaines. Aussi est-il envisagé de faire évoluer l'analyse concurrentielle sur la base de critères non purement liés au maintien de la concurrence lors de l'évaluation des opérations de concentration au fond.

Un rapport de l'Inspection Générale des Finances

datant d'avril 2019 suggère également de mettre en place une procédure de révision des décisions de la Commission rendues en matière de concentration. Plusieurs scénarios sont envisagés par le rapport, dont notamment une revue des décisions par le Président de la Commission ou même par le Conseil de l'Union européenne.

L'idée d'un «changement de logiciel» doit ici encore être envisagée avec attention. En effet, en matière de droit de la concurrence, l'immixtion de considérations politiques dans le contrôle exercé par les autorités de concurrence peut s'avérer hasardeuse, indépendamment du caractère critiquable de telle ou telle décision. Un mécanisme d'évocation risquerait en outre de complexifier les procédures et d'en allonger davantage la durée.

En revanche, il est envisageable de revoir la doctrine de la Commission afin de permettre la prise en compte de l'entrée de concurrents potentiels sur le marché au-delà de la durée de deux ans servant actuellement de référence pour vérifier si ceux-ci sont en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché des parties à la concentration. En tout état de cause, il ne faut pas demander au droit de la concurrence de se substituer aux autres politiques de l'Union européenne. Seul un projet européen industriel et technologique paraît à même de permettre l'émergence de véritables champions européens dans un contexte d'économie globale.

Répondre aux enjeux du numérique

Depuis quelques mois, les critiques relatives au pouvoir de marché attribué aux GAFAs se sont intensifiées. Certains hommes politiques américains ont notamment proposé d'utiliser le droit antitrust pour démanteler ces entreprises, alors que certains des GAFAs font l'objet d'enquêtes de concurrence des deux côtés de l'Atlantique.

D'une part, le droit de la concurrence permet de sanctionner les comportements abusifs des entreprises dominantes. En revanche, le droit de la concurrence n'a pas en soi pour objet d'imposer le démantèlement de positions dominantes, à supposer celles-ci établies. Cela est d'autant plus vrai que les GAFAs ont acquis leur position de marché par les mérites, notamment en termes d'innovation. Or, les positions

de marché des entreprises sont susceptibles d'évoluer rapidement, à la hausse comme à la baisse, comme l'illustrent les cas d'IBM, Nokia ou Myspace. D'autre part, il serait exagéré de parler d'impuissance des autorités de concurrence, les règles actuelles ayant permis de sanctionner les comportements anticoncurrentiels d'acteurs du numérique comme Google. Plus de 8 milliards d'euros d'amendes ont ainsi été infligés à cette dernière par la Commission dans le cadre des affaires Google Shopping, Android et AdSense.

Le droit de la concurrence n'a pas en soi pour objet d'imposer le démantèlement de positions dominantes, à supposer celles-ci établies.

Au-delà des différences de culture juridique de part et d'autre de l'Atlantique, le droit de la concurrence dispose d'ores et déjà d'armes efficaces, sinon dissuasives. En France, l'article L. 430-9 du Code de commerce permet à l'Autorité de la concurrence d'imposer des cessions d'actifs aux entreprises ayant commis des abus de position dominante. Ce pouvoir n'a été exercé qu'une seule fois, en 2002 (affaire Compagnie générale des

eaux/Lyonnaise des eaux). La Commission n'a quant à elle guère fait usage de l'article 7 du Règlement CE n° 1/2003 permettant d'imposer des cessions d'actifs dans le cadre d'affaires d'abus de position dominante.

En toute hypothèse, une adaptation des analyses et méthodes employées par les autorités de concurrence pourrait être envisagée, que ce soit dans la définition des marchés pertinents ou la démonstration d'une position dominante. Un raccourcissement des délais de procédure serait bienvenu, compte tenu des évolutions rapides du secteur numérique. Sujet sensible s'il en est, la réforme des règles de concurrence doit être abordée avec prudence. Imposer des réformes d'ensemble au sein du marché unique ou au niveau national pour répondre aux préoccupations concernant un secteur spécifique impacterait l'ensemble des entreprises quelles que soient leurs activités.

Trouver un juste équilibre entre préservation de la sécurité juridique des entreprises, protection des objectifs de la politique de concurrence et efficacité du contrôle des autorités sera certainement à l'agenda du ou de la futur(e) Commissaire européen(ne) à la concurrence dont la nomination devrait intervenir dans les mois à venir. ■