

Consultation publique de l'Autorité de la concurrence du 20 octobre 2017

REFLEXION POUR MODERNISER ET SIMPLIFIER LE DROIT DES CONCENTRATIONS

Observations d'Orange

L'Autorité de la concurrence (« ADLC ») procède à une nouvelle consultation en matière de contrôle de concentrations. Orange soutient toute démarche de modernisation et de simplification du cadre réglementaire. Pour y contribuer elle soumet les commentaires suivants.

1. Sur l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle de concentrations

Pour Orange, la question pertinente n'est sans doute pas de savoir si les seuils actuels basés sur les chiffres d'affaires sont fixés trop élevés, mais si des seuils alternatifs basés sur des indicateurs autres sont pertinents. Dans plusieurs secteurs, comme le numérique, l'audiovisuel, la pharmacie, l'agroalimentaire, certaines transactions à forte valeur ou qui entraînent des effets sur la concurrence, échappent au contrôle des concentrations. Cette problématique a été soulevée par la Commission Européenne ainsi que par d'autres autorités nationales et des solutions ont été adoptées ou sont en réflexion.

Dans le secteur de l'économie numérique, les problématiques créées par le modèle de plateforme sont un phénomène bien connu des dernières années, notamment du fait des positions de marché des GAFAs (Google, Apple, Facebook et Amazon) ou de leur capacité financière à investir de nouveaux marchés.

Ces acteurs mènent une politique intense de rachats de start-up sans être soumis à des contraintes réglementaires ou juridiques similaires à celles des acteurs de l'économie traditionnelle qui déclarent des chiffres d'affaires importants. Ces opérations ont des effets importants sur le marché car elles renforcent les positions de ces acteurs sur leur terrain de jeu naturel, tout en leur donnant une capacité débridée d'entrer dans des nouveaux marchés connexes à croissance rapide (maisons connectées, intelligence artificielle, e-commerce, messagerie instantanée, etc.). Or les acheteurs comme les cibles peuvent avoir une valeur de marché très élevée grâce à leurs biens incorporels (base de données, brevets, logiciels, algorithmes, etc.), mais cette valeur ne se matérialise pas dans leur chiffre d'affaires, qui reste très bas ou inexistant. Ces opérations échappent donc aux règles de contrôle de concentrations malgré leurs effets directs sur le marché.

Cependant, ces problématiques ne sont pas exclusives du secteur numérique. Par exemple, d'autres géants internationaux ont émergé plus récemment dans une variété de secteurs, comme les NATUs (Netflix, AirBnB, Tesla, Uber) et où certaines entreprises chinoises BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi) qui commercialisent leurs produits ou services dans le monde entier en s'appuyant sur le modèle économique des plateformes numériques.

Cette évolution montre que grâce à la digitalisation croissante, le phénomène irrigue une part de plus en plus substantielle de l'économie. Le secteur des télécoms a été traditionnellement impacté, mais en France comme ailleurs, l'émergence de cette nouvelle économie s'exprime par l'irruption de plateformes numériques dans une grande diversité de secteurs, par exemple : le transport privé et professionnel (Uber, Chauffeurprivé, Blablacar, OnTruck...), la location de voitures (Drivy, Virtuo, SocialCar...), la location immobilière de courte durée et/ou l'hôtellerie (AirBn, Locacity, Sejourning...),

la location de parkings (Mobypark, Parkadom, Prendsmaplace, Zenpark...), l'audiovisuel (Netflix, Molotov...), les services de livraison (Chronobee, Cocolis, Deliveroo, Myboxman, Stuart, Shyp...), les services à la personne (Domiserve, Jemepropose, leboncoin.fr, Personia, Popmyday...), les services financiers avec l'irruption de la *fintech* (Transferwise, Anaxago, Happy Capital, KissKissBankBank, Lendopolis, Ulule, WiSeed...), la cartographie et le GPS (Waze – achetée par Google – HotStop – achetée par Apple-, Coyote...), l'ensemble des services impliquant des tâches simples et répétitives (les plateformes de « micro-tâches » comme Foulefactory ou Amazon Mechanical Turk par exemple), l'économie sociale et solidaire (La Ruche qui dit Oui), le secteur du savoir (Coursera, Unow, Wikipédia...), l'éducation avec notamment la diffusion croissante des formations en ligne ouvertes à tous (MOOC)¹, sans parler plus généralement du développement du e-commerce qui touche une base de plus en plus large de produits et services soit directement, soit indirectement via les plateformes de comparaison de prix.

Les plateformes sont utilisées comme levier pour pénétrer d'autres secteurs avec d'autres modèles économiques. Par exemple, dans le secteur de la distribution, déjà fortement impacté par le e-commerce, et notamment dans la distribution alimentaire, Amazon a introduit récemment le service Amazon Prime et pourrait envisager se développer d'avantage dans la distribution physique. En effet, suite au rachat de WholeFoods aux USA, des rumeurs en France de rachat de Monoprix ou d'autres enseignes françaises ont circulé. Un tel type d'opération ferait sûrement l'objet d'une notification en France compte tenu des chiffres d'affaires, mais le géant pourrait racheter d'autres enseignes plus petites ou très innovantes du secteur sans aucun contrôle.

En outre, dans le secteur de l'automobile, Tesla – même sans être une plateforme – mène une politique d'achats dans le R&D, comme l'allemand Grohmann, l'américain Perbix, ou encore Solar City dans le secteur des énergies renouvelables.

La conquête du secteur agricole par les startups agricoles est aussi à l'ordre du jour. Le secteur des Agtech (nouvelles technologies appliquées à l'agriculture) fait l'objet d'investissements importants, aussi, et de plus en plus, par les investisseurs du numérique. En témoigne le récent investissement de Google Ventures dans la plateforme américaine Farmers Business Network.

Les effets de ce type d'opérations peuvent être appréciés au niveau européen. Cependant, la problématique évoquée ci-dessus se réplique au niveau national, soit à l'occasion d'opérations de portée européenne qui ne franchissent pas les seuils européens et ne sont donc pas contrôlées par la Commission Européenne, soit à l'occasion d'opérations à dimension française qui ne franchissent pas les seuils français. De plus, pour les opérateurs non européens, du fait de l'optimisation fiscale pratiquée, il existe un risque réel de voir le chiffre d'affaire attribué au périmètre européen/français minoré et ne représenter qu'une faible partie de l'activité réelle de ces sociétés.

Certaines opérations récentes de périmètre français ou avec des effets dans le marché français dans les secteurs illustrent cette situation:

- Achat par Boiron de Laboratoire Ferrier pour un montant de 2,4M € en 2017 : <https://www.capital.fr/entreprises-marches/boiron-va-acquerir-le-laboratoire-ferrier-1205810>
- Achat de Teads par Altice pour un montant de 285 millions d'euros en mars 2017 : https://www.lesechos.fr/21/03/2017/lesechos.fr/0211896769834_pourquoi-altice-investit-dans-la-publicite-avec-le-rachat-de-teads.htm

¹Voir l'Etude annuelle 2017 Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » du 13 juillet 2017.

- Achat de Advanced Accelerator Application par Novartis pour un montant de 3,9 milliards d'euros en 2017 <http://france3-regions.francetvinfo.fr/auvergne-rhone-alpes/ain/bourg-bresse/sart-up-ain-rachete-39-milliards-dollars-novartis-1357607.html>
- Achat de compte-nickel par la BNP pour un montant de plus de 200 m€ en 2017 : http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/04/04/compte-nickel-tombe-dans-l-escarcelle-de-bnp-paribas_5105397_3234.html
- Achat de Vexim par Stryker Corporations pour un montant de 185 M\$ en 2017 : <http://www.lefigaro.fr/societes/2017/10/24/20005-20171024ARTFIG00360-l-americaain-stryker-s-offre-la-medtech-francaise-vexim.php>
- Achat de KissKissbankbank par La banque postale en 2017 : <https://www.nextinpack.com/news/104681-la-banque-postale-rachete-100-kisskissbankbank.htm>
- Achat de Medtech par Zimmer Biomet pour un montant de 165 M€ en 2016 : <http://objectif-languedoc-roussillon.latribune.fr/innovation/innovation-medicale/2016-07-18/l-americaain-zimmer-biomet-rachete-medtech.html>
- Achat de Payplug par Natixis en 2016 : <https://www.maddyness.com/finance/2016/11/22/fintech-natixis-payplug/>
- Achat de Saldi par Showroomprivé pour un montant de 28 M€ en 2016 : <https://www.maddyness.com/finance/2016/10/04/fashiontech-showroomprive-rachat-saldi-privati-28-millions-euros/>
- Achat de John Paul par Accorhotels en 2016 : <https://www.maddyness.com/finance/2016/07/28/accorhotels-rachat-john-paul/>
- Achat de Leetchi par le Crédit mutuel Arkea plus de 50 M€ en 2015 : https://www.lesechos.fr/21/09/2015/lesechos.fr/021343290214_credit-mutuel-arkea-achete-la-fintech-leetchi-com.htm
- Achat de Captain train par Trainline pour un montant entre 160 et 170 M€ en 2016 <https://www.maddyness.com/entrepreneurs/2016/03/15/transport-captain-train/>

L'ADLC devrait donc avoir les outils nécessaires pour revoir ce type de concentrations si elles sont de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché français, sans pour autant entraver le développement de ces secteurs dynamiques. Dans ce sens, la réforme devrait assurer de nouveaux pouvoirs de l'ADLC permettant d'appréhender les cas les plus sensibles sur le plan concurrentiel.

Par ailleurs, une position cohérente entre l'ADLC et la position de la Commission Européenne dans la Consultation sur l'évaluation des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle des concentrations de l'UE semble indispensable pour garantir la sécurité juridique du dispositif. A cet égard l'ADLC pourrait lancer une deuxième consultation sur la base des réponses reçues, et faire une étude d'impact inspiré de ce qui a été fait concernant le Big Data, avant de transposer la réforme dans les textes.

a. Introduire un seuil en part de marché

L'introduction d'un seuil basé sur la part de marché des parties, qui poserait le problème de la nécessité de définir *ex ante* le marché pertinent pourrait in fine ne pas s'avérer efficace. Cela créerait de l'**insécurité juridique** pour les parties. En effet, dans la plupart des cas, les activités des start-ups actives dans le secteur du numérique ou détenant de brevets n'ont pas été analysés par une autorité de concurrence préalablement à leur rachat. Egalement, s'agissant souvent de marchés niche, il est difficile pour les parties d'avoir les éléments nécessaires pour définir les marchés concernés. Il serait difficile ensuite de calculer les parts de marché en absence d'informations publiques.

En outre, dans des marchés innovants, une forte position de marché à un instant donné ne permet pas nécessairement de caractériser un pouvoir de marché de manière robuste compte tenu de la vitesse nouvelle à laquelle d'autres technologies peuvent venir désormais challenger l'opérateur leader.²

De plus, un seuil en part de marché augmenterait le flux d'opérations notifiables à l'ADLC sans satisfaire forcément les objectifs de la réforme ou en les satisfaisant de façon partielle, car elle devrait analyser à l'avance la définition de marché proposée par les parties dans un nombre potentiellement important d'opérations, y compris des opérations pour lesquelles elle n'aurait pas un intérêt particulier, pour enfin conclure qu'elles ne relèvent pas de sa compétence. Dès lors, un seuil en part de marché créerait plus de dysfonctions qu'il apporterait de solutions.

Dans tous les cas un seuil de part de marché inspiré du modèle espagnol, avec une notification préalable obligatoire, serait plus problématique qu'un seuil inspiré du modèle anglais, qui reste volontaire et laisse donc plus de marge aux parties d'évaluer les effets potentiels de l'opération.

b. Introduire un seul alternatif fondé sur la valeur de la transaction

La mise en place d'un seuil alternatif relatif à la valeur de la transaction dès lors que les parties ont une activité significative dans le territoire français, indépendamment de leur chiffre d'affaires, et donnant lieu à un nouveau cas de notification *ex ante* constitue une piste. **Orange ne s'oppose pas à l'introduction d'un tel seuil, mais elle ne favorise pas cette option.**

La création d'un nouveau cas de notification *ex ante* fondée sur la valeur de la transaction présente des difficultés.

Une première difficulté est la **fixation du bon niveau de valeur**, car la valorisation des transactions dépendent largement des secteurs. De plus, d'autres difficultés se posent, comme par exemple, le choix du moment pour déterminer le prix de l'opération (avant ou après la signature ; avant ou après la diffusion dans la presse ?).

Dans tous les cas, **le niveau du seuil devrait être suffisamment élevé pour saisir une opération de dimension importante, sans pour autant entraver les investissements.** A cet égard, le seuil de 400 millions d'euros fixé récemment en Allemagne pourrait s'avérer trop élevé pour le marché français, à la vue des exemples d'opérations listées ci-dessus. En Autriche, le nouveau seuil a été fixé à une valeur de 200 millions d'euros. Or la détermination d'un tel seuil pose immédiatement la question de sa mise possible mise à jour dans le temps.

En outre, **le nexus local doit être clair et objectif. L'opération devrait être notifiable uniquement lorsque les parties ont une activité significative dans le territoire français.** En Allemagne et en Autriche, les textes exigent « une activité significative » dans le pays. Pour éviter qu'une telle référence soulève des **difficultés d'interprétation**, une description des hypothèses possibles dans des lignes directrices pourrait s'avérer utile. Si l'exigence d'un nombre minimum d'utilisateurs en France (par exemple, 1 million d'utilisateurs) peut être séduisante et paraît utile dans le secteur du numérique, elle n'est pas nécessairement pertinente pour d'autres secteurs notamment lorsqu'il s'agit d'une entreprise porteuse d'une innovation non encore commercialisée dans le domaine pharmaceutique par exemple.

Une réflexion s'impose également, pour savoir si ce type de seuil devrait déclencher une obligation de notification *ex ante* dans tous les cas, ou bien s'il devrait s'agir d'un « test de contrôlabilité » sur la base duquel les parties procéderaient à une **auto-évaluation** des effets potentiels de l'opération selon des lignes directrices mises en place par l'ADLC pour identifier les

² Décision de la Commission COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp du 3 mars 2014, para. 99.

zones de risque. Les parties devraient ensuite décider de soumettre la concentration à l'ADLC moyennant une **déclaration préalable**, et celle-ci devrait confirmer dans un court délai la contrôlabilité de l'opération et, le cas échéant, demander une notification formelle. L'effet suspensif devrait s'activer uniquement si l'ADLC demande une notification formelle. L'option d'une procédure de déclaration préalable est discutée en détail dans les sections 1.c) et 2.c) *infra*.

Si ce nouveau seuil ne déclenche pas une obligation de notification *ex ante* mais agit plutôt comme un test de contrôlabilité, il faudrait prévoir un pouvoir **d'évocation de l'ADLC** pour en garantir l'efficacité. L'opportunité et les conditions d'une telle intervention de l'ADLC sont discutées *infra* dans la section 1.c).

Il faudrait également s'assurer que les **mécanismes de renvoi** pertinents continuent de s'appliquer afin d'assurer le maintien du système du guichet unique au niveau européen dans le cas où la Commission Européenne introduirait également des seuils alternatifs.

c. Introduire un modèle hybride

Orange soutient l'option de créer un modèle hybride, inspiré de la Suède, qui doublerait la notification obligatoire actuel d'une possible intervention spontanée de l'ADLC en cas d'opérations ne franchissant pas les seuils de notification *ex ante* mais pouvant néanmoins créer des **préoccupations substantielles de concurrence**. Par conséquent, ce modèle ne créerait pas une nouvelle obligation de notification *ex ante*, mais un **pouvoir résiduel d'évocation**.

Pour les raisons évoquées *supra*, un tel modèle serait mieux adapté à la situation actuelle dans certains secteurs afin de **garantir le level playing field entre acteurs**. En même temps, il apporterait de la sécurité juridique aux entreprises sur le long terme. En effet, les entreprises auraient plus de visibilité pour anticiper les problématiques concurrentielles de leurs projets d'acquisition en *ex post*. Cela limiterait aussi les risques de contrôle plus agressif par des procédures antitrust.

Ce dispositif répondrait à l'un des écueils majeurs des procédures antitrust qui est la durée des procédures pour les demandeurs comme les défenseurs. L'ADLC disposerait d'ailleurs dans ce cas de plus d'outils pour adresser les problématiques de concurrence car en matière de contrôle de concentrations le test fait référence à l'atteinte à la concurrence résultant du pouvoir de marché, contrairement aux procédures antitrust où l'ADLC doit démontrer l'existence d'une position dominante.

Cependant il convient de prévenir **quelques biais**. En premier lieu, cela peut créer une **certaine insécurité juridique** pour les parties, surtout dans le secteur du numérique où les marchés évoluent rapidement. Faute de précédents et face à des marchés où les possibles problématiques n'ont pas été identifiées au préalable, il pourrait être difficile pour les parties d'anticiper elles-mêmes les problématiques de concurrence liées à une acquisition. A cet égard, les entreprises feraient face à une incertitude quant à un possible contrôle *ex post* de l'ADLC. Cette insécurité juridique pourrait à son tour affecter les investissements.

➤ *Nécessité d'un pouvoir d'évocation encadré par les textes*

Par conséquent, afin de minimiser ce risque, les pouvoirs de l'ADLC devraient rester **proportionnels** et limités aux cas les plus sensibles. Le mécanisme choisi devrait assurer **qu'uniquement les opérations donnant lieu à des préoccupations substantielles de concurrence peuvent faire l'objet d'une analyse par l'ADLC**.

Une première option serait de **limiter ce pouvoir d'intervention aux concentrations qui dépassent un certain seuil** exprimé en **chiffre d'affaires**³, ou bien en **valeur de la transaction**.

Une deuxième option consisterait à **contraindre l'intervention de l'ADLC aux opérations donnant lieu à des préoccupations substantielles de concurrence**. Les hypothèses de préoccupations substantielles de concurrence devraient être **décrites dans des lignes directrices avec le niveau de détail suffisant**. Dans ce sens, les Lignes Directrices suédoises sont un bon exemple. Elles prévoient une possible intervention lorsqu'une entreprise importante acquiert progressivement les concurrents plus faibles du marché, ou lorsqu'une entreprise importante dans un marché concentré acquiert une nouvelle entreprise qui pourrait challenger la position de l'acquéreur, ou enfin encore lorsque des clients ou des concurrents se plaignent d'une opération. Les lignes directrices suédoises précisent que l'autorité peut intervenir au titre de son pouvoir d'évocation à la fois dans des concentrations horizontales comme verticales. Ces exemples de justification pourraient être transposés dans les lignes directrices de l'ADLC. Un autre cas pourrait être la situation d'une entreprise importante ou dominante dans un marché donné qui acquiert une entreprise détenant une innovation majeur dans un marché connexe ou de niche.

➤ *Mécanisme de déclaration préalable*

Pour optimiser ce système, les lignes directrices devraient permettre aux parties d'anticiper les risques liés à l'opération pour procéder à une première **auto-évaluation**. Une **procédure de déclaration préalable volontaire et sans effet suspensif** pourrait ainsi être mise en place. Celle-ci permettrait à l'ADLC, après une analyse préliminaire et dans un délai suffisamment court, soit de constater l'absence de problèmes de concurrence, soit de confirmer son intérêt pour examiner l'opération et, le cas échéant, demander une notification formelle dans un délai court.

En absence de déclaration préalable, des mécanismes devraient être mis en place pour limiter l'insécurité juridique liée aux risques de gun jumping et de déconcentration. Si les parties ne se rapprochent pas volontairement de l'ADLC, celle-ci pourrait les interpellier et demander des informations concernant l'opération. **Il faudrait fixer un délai relativement court dans lequel l'ADLC pourrait user de son pouvoir d'évocation et demander une notification formelle**. La difficulté principale qui se pose sera de déterminer le moment où ce délai se déclenche, notamment lorsque les opérations sont confidentielles. D'un autre côté, pour garantir la sécurité juridique des parties il faudrait fixer un délai très court d'intervention à partir du *closing*.

En pratique, ce mécanisme de control résiduel ne créerait pas un flux plus large de notifications, il permettrait simplement de cibler des opérations présentant des problèmes de concurrence qui échappent aujourd'hui à tout contrôle. Les pouvoirs de l'ADLC devraient être encadrés dans les textes de façon à ce que les parties aient suffisamment d'éléments pour procéder à une auto-évaluation et anticiper un intérêt potentiel de l'ADLC pour revoir l'opération. De plus, une procédure de déclaration préalable permettra dans tous les cas aux parties d'écarter à l'avance et dans un bref délai le risque d'une intervention de l'ADLC. Le cas suédois montre qu'en pratique cet outil est utilisé de façon parcimonieuse et dans des cas très exceptionnels.

d. Mise en œuvre volontariste d'outils existants

La possibilité de se reposer uniquement sur les systèmes de renvoi prévus aux articles 4.5 et 22 du Règlement de Concentrations n'apporterait pas une solution cohérente aux objectifs de la réforme. En effet, ces outils laissant l'initiative aux parties et à la Commission, l'ADLC n'aurait aucun moyen d'intervention en absence d'un changement de pratique de la Commission sur l'article 22.

³ Dans le cas de la Suède, au moins l'une des parties doit franchir un seuil exprimé en chiffre d'affaires.

En outre, l'application de la jurisprudence *Continental Can* et *Philip Morris* ne semble pas être un outil adapté pour justifier la compétence de l'ADLC pour revoir une concentration et par ailleurs son application dans le domaine du contrôle de concentrations entrainerait sans doute plus de problèmes d'insécurité juridique.

2. Sur la simplification des procédures en matière de contrôle de concentrations

Orange est favorable aux efforts de simplification réalisés par l'ADLC et soutient l'initiative pour simplifier d'avantage la procédure. Comme l'indique le document de consultation, la procédure simplifiée représente 50% des décisions de concentration en France alors que ce chiffre est de presque 70% au niveau européen. L'ADLC a donc tout l'intérêt à optimiser d'avantage les mécanismes de la procédure simplifiée et d'en élargir son application.

Plusieurs options sont envisagées par la consultation de l'ADLC.

A titre liminaire, Orange signale la nécessité que le mécanisme embarque :

- **une clarification dans les Lignes Directrices des opérations qui bénéficient d'une procédure simplifiée ainsi que les règles qui l'accompagnent** (par exemple, pré-notification obligatoire, possibilité de l'ADLC de demander des informations complémentaires et/ou une notification complète, délais, etc.),
- **un modèle de *short form* unique** qui précise les informations à fournir.

Dans tous les cas, il est nécessaire de trouver un mécanisme permettant à l'ADLC de faire une analyse plus poussée des opérations qui, bénéficiant d'une procédure simplifiée, peuvent néanmoins poser des problèmes de concurrence.

a. Elargissement des hypothèses de procédure simplifiée

Le premier élément de simplification consisterait à élargir le champ d'application de la procédure simplifiée. **Orange est favorable à cette réforme.** Il est préférable de **fixer des seuils clairs et uniques dans les lignes directrices afin d'éviter toute contradiction en s'inspirant du système européen.**

A cet égard, Orange suggère que **la procédure simplifiée puisse s'appliquer lorsque les seuils en parts de marché suivants ne sont pas dépassés :**

- i. la part de marché cumulée **n'excédant 25% dans le cadre des relations horizontales** (seuil français actuel de marché affecté) ;
- ii. parts de marché respectives des entreprises ayant des **relations verticales n'excédant pas 30%** ;
- iii. **accroissement de l'indice HHI** résultant de la concentration inférieur à 150 et part cumulée des parties inférieure à 30%.

De même, la possibilité d'introduire dans le champ de la procédure simplifiée **les entreprises communes qui n'ont pas une activité en France** pourrait être considérée.

Par ailleurs, pour que les entreprises puissent bénéficier pleinement d'une procédure simplifiée, la réforme devrait viser la réduction tant du volume d'informations à fournir que des délais d'autorisation. A cet égard, la mesure du point 192, permettant à l'ADLC de **demandeur une notification complète**, devrait continuer à être applicable, mais cela devrait être fait **très tôt dans la procédure, et la possibilité d'utilisation des *stop-the-clock* devrait être encadrée.** Dans ce sens,

il faudrait **fixer des délais contraints**. L'ADLC devrait dans tous les cas éviter des déclarations de complétude tardives. Une option serait d'éliminer totalement la lettre de complétude.

Enfin, il faudrait maintenir le **traitement accéléré** du point 191 et mettre en place des mécanismes permettant à l'ADLC de l'appliquer de façon effective.

L'ADLC envisage la possibilité de **rendre obligatoire une phase de pré-notification**, *a minima* pour les opérations donnant lieu à des chevauchements horizontaux ou verticaux. **Dans les faits, la pratique rejoint déjà une telle recommandation donc il n'y a pas lieu de s'y opposer**. Dans tous les cas, il faudrait néanmoins réfléchir à son encadrement dans les textes pour garantir la sécurité juridique, notamment concernant la procédure et les délais d'une nouvelle phase qui deviendrait obligatoire.

Il faudrait donc, au minimum, **fixer le délai dans lequel l'ADLC devrait confirmer si l'opération est éligible à la procédure simplifiée et/ou elle aurait la possibilité d'accepter la notification simplifiée en cas de pré-notification** (qui viendrait à être une sorte de déclaration de complétude du dossier). Le délai pourrait être fixé à **5 jours** après la première prise de contact avec l'Autorité (soit en pré-notification soit directement par une notification formelle).

L'existence d'une obligation de pré-notification si elle est encadrée devrait ensuite s'accompagner d'une **limitation des cas de stop the clock** durant la phase de notification formelle. A cet égard il convient de s'interroger sur un mécanisme volontariste de prénotification s'accompagnant d'un gain procédurale pour la phase de notification.

b. Alléger le contenu du dossier

Orange est favorable à la proposition d'alléger le contenu des notifications.

➤ *Dans le cadre de la procédure simplifiée*

Il faudrait introduire un short form pour la notification des opérations éligibles à une procédure simplifiée qui liste avec précision les informations à fournir. **Le short form devrait exclure, a minima, les informations indiquées dans le point 189 des Lignes Directrices**, et cela pour toutes les opérations qui bénéficient d'une procédure simplifiée. D'autres informations pourraient être exclues du *short form*, ou de moins être allégées par rapport aux exigences actuelles de **l'annexe 4-3 de l'article R. 430-2 du Code de Commerce** :

- Section 1 :
 - Exclure les comptes rendus des organes délibérants
 - Exclure la présentation des objectifs économiques
- Section 2 :
 - Exclure le tableau de données financières
 - Exclure ou simplifier la description de la structure des parties du point 4.3.2.b) ; un organigramme suffirait
 - Exclure ou alléger la description des activités du point 4.3.2.e)
 - Simplifier la description des activités des parties pour lesquelles il n'y a pas de chevauchement
- Section 3 :
 - Alléger la description des marchés concernés surtout lors que les marchés ont été clairement définis dans les précédents existants (français et communautaires) ou même les marchés qui, sans avoir été définis, ne sont pas nouveaux pour l'ADLC et la Commission.

Si des nouveaux seuils sont adoptés (point a) ci-dessus), il faudrait instaurer la possibilité pour l'ADLC de **demande des informations complémentaires ou un dossier complet pour ces opérations nouvelles qui rentrent dans le champ d'application de la procédure simplifiée**, mais elle devrait être contrainte de le faire **très tôt dans la procédure** afin de ne pas créer de l'insécurité juridique ni d'affecter les délais des procédures de fusions et acquisitions.

Il faudrait également **maintenir la possibilité de traitement accéléré** du point 191 pour toutes les opérations qui bénéficient d'un *short form* et de l'encadrer dans un **déla i fixe relativement court**.

➤ *Pour l'ensemble d'opérations*

De manière générale, Orange considère que la procédure de notification pourrait être simplifiée pour toutes les opérations.

En premier lieu, **l'exigence de fournir les tableaux de données financières devrait être supprimée**.

Deuxièmement, l'ADLC devrait **délivrer la lettre de complétude dans des délais courts**, par exemple **5 jours** après la notification formelle, sauf en cas d'absence de prénotification. Une autre piste pourrait être de **supprimer cette lettre**.

Enfin, la proposition de **réduire le nombre d'exemplaires « papier » à un seul** est de ce point de vue cohérente.

c. Introduction d'une procédure de déclaration préalable

L'option proposée par l'ADLC impliquerait la cohabitation de deux régimes : (i) déclaration préalable pour les opérations éligibles à l'actuelle procédure simplifiée et ayant vocation à s'y substituer et (ii) une procédure simplifiée pour les opérations notifiables sous les nouveaux seuils. Dans le cas de la procédure de déclaration préalable, l'écoulement du délai aurait le même effet qu'une autorisation tacite. Pendant ce délai, l'ADLC aurait des pouvoirs d'instruction y compris la possibilité d'envoyer un questionnaire avec des effets suspensifs. L'ADLC pourrait demander également une notification formelle, et garderait les pouvoirs de sanctions existants.

La cohabitation de ces deux régimes parallèles, tels que décrits dans le papier de consultation de l'ADLC, paraît complexe. Orange propose plutôt la mise en place de deux mécanismes complémentaires :

- En premier lieu, la création d'une **procédure simplifiée unique** éligible pour toutes les opérations qui remplissent les seuils de procédure simplifiée (voir les détails *supra*).
- **En complément, une procédure de déclaration préalable pourrait être utile en cas de notification volontaire dans le cadre du mécanisme d'auto-évaluation décrit *supra* pour les opérations remplissant les conditions pour une intervention résiduelle de l'ADLC.** L'ADLC devrait toutefois pouvoir demander des **informations additionnelles et/ou une notification complète**. En cas d'absence de déclaration préalable, si l'ADLC souhaite revoir la concentration, le recours à une procédure simplifiée ne paraît pas cohérent puisqu'une telle révision n'aurait pas lieu qu'en présence de problèmes de concurrence.

Si un nouveau seuil fondé sur la valeur de l'opération donnant lieu à un nouveau cas de notification *ex ante* est finalement adopté, les opérations notifiables en vertu de ce nouveau seuil devraient pouvoir également bénéficier de la procédure simplifiée.

3. Sur le rôle des mandataires

Le rôle du mandataire est fondamental dans le suivi et respect des engagements. Le mandataire doit être indépendant afin d'assurer l'absence de tout conflit d'intérêt et doit avoir l'expérience nécessaire pour mener à bien les engagements. Le travail du mandataire est crucial, notamment dans les cas de remèdes comportementaux, et demande une vraie expertise du métier.

Compte tenu de son impact, **le rôle du mandataire mérite d'être précisé** dans la pratique du control des concentrations en France tant concernant son **indépendance** que sa **compétence**.

Pour cela, **plus de visibilité sur la profession est nécessaire**. Pour assurer l'indépendance du mandataire, **les entreprises doivent disposer d'un large de choix**. En France en apparence il y a peu de choix et encore moins dans certains secteurs très spécialisés, ce qui peut créer un risque de conflit d'intérêt du fait des possibles relations antérieures avec l'entreprise ou ses concurrents. En effet, **dans les secteurs avec des problématiques techniques particulières, le rôle du mandataire nécessite une expertise sectorielle ce qui réduit souvent le choix**.

Plusieurs options sont envisageables visant à **accroître la transparence**, et à réaliser un **recensement plus large des experts** pouvant agir comme des mandataires, ainsi qu'à **redéfinir la relation avec l'ADLC**.

L'une des options serait de **mettre en place une liste équivalente à celle pouvant exister pour les experts judiciaires présentant les spécialités et domaines d'intervention de**. Les entreprises pourraient alors choisir parmi les membres de cette liste. L'indépendance du mandataire serait assurée grâce à leur sélection préalable par l'ADLC et la publicité dans les décisions de l'ADLC sur le choix du mandataire pourrait limiter en pratique les conflits d'intérêt. Cette solution suppose un travail de recensement préalable par l'ADLC.

D'autres solutions sont possibles afin d'accroître le choix de mandataires, par exemple encourager davantage les mandataires avec des **partenariats de collaboration avec des experts dans d'autres pays, notamment ceux basés à Bruxelles**, ou encore favoriser des **mandataires avec des équipes larges et connaissances multiples**, spécialisés dans plusieurs secteurs avec des problématiques communes (industries de réseaux, industries de forte adhérence comme l'audiovisuel, les plateformes OTT, les contenus...). **Il serait cependant dangereux d'aller vers un modèle de mandataire surspécialisé qui ne connaît qu'un seul secteur**. En effet, cela réduirait les options pour les entreprises et *in fine* pour l'ADLC.

Faute d'un tel dispositif la pratique récente de l'ADLC d'accepter uniquement des propositions avec au moins 3 mandataires peut créer des problèmes pour les parties dans les secteurs très spécialisés où le choix est très réduit, comme évoqué ci-dessus. Il convient donc de s'assurer qu'une **telle contrainte s'accompagne en pratique d'un dispositif transparent permettant d'identifier rapidement plusieurs mandataires parmi une liste suffisamment large**.

Quant à la rémunération des mandataires, il serait envisageable que celle-ci soit fixée par l'ADLC afin d'éviter que le paiement de ces derniers par les entreprises laisse planer un doute sur leur impartialité. La possibilité de créer un **fonds indépendant** destiné à la rémunération des mandataires alimenté par les entreprises qui souscrivent les engagements nous paraît **peu envisageable** compte tenu des difficultés pour le mettre en place. De même, **rendre la notification payante afin de rémunérer par ce biais les mandataires ne semble pas être une solution opportune**. Les efforts pour améliorer le rôle du mandataire et les relations avec l'ADLC devrait être placés ailleurs, notamment dans le travail de recensement.

En outre, **le mandataire devrait pouvoir être récusé** lorsqu'il s'avère qu'il ne répond pas à l'exigence d'indépendance durant la durée de sa mission.

La proposition de **publier sur le site de l'ADLC l'identité du mandataire** retenu pour chaque décision d'autorisation sous condition constitue un **élément de transparence qu'il convient de soutenir**. Mérite une réflexion également la possibilité de créer une sorte de **charte déontologique du mandataire**, comme c'est le cas dans d'autres métiers tels que les Commissaires aux Comptes, ou encore la possibilité de **formaliser davantage dans les lignes directrices le contenu des informations requises lors de la présentation des candidats à l'ADLC** pour garantir leur indépendance et leur compétence technique.