

KILLER ACQUISITIONS : LES AUTORITÉS DE CONCURRENCE RÉAGISSENT

par Renaud Christol, Associé, et Marc-Antoine Picquier, Avocat, August Debouzy



Renaud Christol



Marc-Antoine Picquier

Depuis quelques mois, les « killer acquisitions » ou « acquisitions prédatrices » sont au cœur des réflexions et d'actions de plusieurs autorités de concurrence, qui sont susceptibles de déboucher sur de nombreuses réglementations et la disparition de l'espace de non-application du droit de la concurrence dans lequel ces pratiques sont mises en œuvre.

Qu'est-ce qu'une killer acquisition ?

Il s'agit d'une opération par laquelle une entreprise puissante, voire dominante sur un marché (le premier réflexe est de penser aux GAFAs) acquiert une entreprise prometteuse sur ce marché (par exemple parce qu'elle a développé une technique innovante) et qui aurait été susceptible de contrebalancer son pouvoir de marché ou de constituer une alternative pour les consommateurs.

Par l'acquisition de l'entreprise prometteuse, l'entreprise puissante « tue » cette possibilité de concurrence (et pas forcément l'entreprise acquise).

Les killer acquisitions touchent principalement l'économie numérique. Par exemple, depuis 2008, Google a acquis 168 entreprises, dont un certain nombre était susceptible de concurrencer ses services, par exemple Youtube pour les

vidéos, AdMob pour la publicité en ligne ou encore Waze pour la navigation. Facebook pour sa part, a absorbé 71 entreprises qui avaient des caractéristiques identiques, dont Instagram en 2012 et Whatsapp en 2014¹. Nous n'avons d'ailleurs jamais entendu parler de ClusterK ou Graphiq acquises par Amazon ou encore Sparrow acquise par Google².

Dans ce secteur, l'innovation est centrale et constitue le principal élément de différenciation et de création de valeur : une entreprise qui détient une innovation peut ne réaliser que quelques milliers d'euros de chiffre d'affaires mais être pourtant valorisée à plusieurs dizaines, voire centaines, de millions d'euros en raison du caractère différenciant de son innovation et parce que le secteur du numérique se caractérise souvent par des structures où, selon les termes des économistes, le « gagnant prend tout » c'est-à-dire que l'entreprise avec la meilleure innovation s'approprie la majeure partie du marché.

Ces faibles chiffres d'affaires posent problème au droit de la concurrence : dans la majeure partie des cas, ces opérations ne franchissent pas les seuils de contrôle des concentrations en raison du chiffre d'affaires de la cible (on pense par exemple à WhatsApp qui était valorisée à 16 milliards

¹ Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 février 2020.

² <https://www.nytimes.com/2020/02/14/opinion/ftc-investigation-google-facebook.html>.

de dollars mais dont l'acquisition par Facebook ne franchissait pas les seuils communautaires).

Or selon l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« **Autorité** »), certaines de ces opérations peuvent « être dommageables pour l'économie, faute de contrôle effectif de la part des autorités de concurrence³ ».

Le secteur de la santé est également concerné par les killer acquisitions. Selon le rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Européennes de l'Assemblée nationale sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation, publié le 27 novembre 2019⁴, entre 1989 et 2010, plus de la moitié des entreprises dans le domaine pharmaceutique n'ont initié qu'un seul médicament et près de 70% d'entre elles ont lancé deux projets ou moins. Ainsi, « les petites entreprises lancent des projets de médicaments innovants, qui sont ensuite développés par de grandes entreprises en place, axées sur la commercialisation. »

Les réactions des autorités de concurrence

Le 11 février 2020, la Federal Trade Commission américaine (ci-après la « **FTC** »), a annoncé qu'elle allait procéder à des demandes exceptionnelles d'informations auprès du top 5 des sociétés spécialisées dans les nouvelles technologies (Amazon, Apple, Facebook, Alphabet, société mère de Google et Microsoft)⁵.

Ces demandes vont porter sur leurs acquisitions entre 2010 et 2019 et plus précisément sur celles qui sont passées en dessous des seuils de contrôle des concentrations⁶.

La FTC a précisé que son but n'était pas de remettre en cause les acquisitions effectuées par le passé, ce qui prendrait d'ailleurs des années à analyser au regard du nombre d'opérations réalisées. À titre d'exemple, Apple a acquis en moyenne l'année dernière deux à trois sociétés par semaine. La FTC souhaite évaluer si des opérations qui sont normalement en dessous des seuils de contrôle des concentrations devraient être soumises à une obligation de déclaration auprès de la FTC.

8 jours après l'annonce de la FTC, la Commission européenne (ci-après la « **Commission** ») a publié sa communication « Façonner l'avenir numérique de

l'Europe »⁷. Elle y affirme qu'il est absolument nécessaire, à l'ère du numérique, de garantir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises, grandes et petites. Elle met en avant que certaines plateformes ont acquis une taille telle qu'elles peuvent verrouiller des marchés, des clientèles et des informations.

Elle a également annoncé qu'elle envisage de lancer cette année une enquête sectorielle sur l'économie digitale. A ce jour, le secteur d'activité précis au sein de l'économie numérique n'est pas encore connu mais selon Margareth Vestager⁸, il s'agira d'un secteur d'activité qui fait face à des problématiques nouvelles.

Dans cette enquête, la Commission va envisager de nouveaux pouvoirs ex ante qui permettraient au régulateur européen d'agir en anticipation afin d'assurer que les marchés restent ouverts et équitables. Les autorités de concurrence néerlandaises, françaises, allemandes, italiennes, belges et luxembourgeoises soutiennent cette proposition de la Commission.

Le même jour, le 19 février 2020, l'Autorité a publié sa contribution sur la politique de concurrence et les enjeux numériques⁹ (ci-après la « **Contribution** »).

Elle y remarque que la problématique identifiée des killer acquisitions ne se limite pas aux seuls cas où un acteur dominant fait l'acquisition d'un opérateur innovant pour réaliser de la croissance externe et qui aurait pour conséquence d'empêcher l'émergence d'un concurrent potentiel. Le terme de killer acquisition ne signifie pas forcément que l'opérateur dominant veuille « tuer » la cible. L'acquéreur peut également dans d'autres cas conserver et développer l'activité de la société acquise. On peut citer l'exemple de Facebook avec WhatsApp et Instagram ou de Google avec YouTube. Ces entités, après leur rachat ont continué à se développer.

Il y a donc plusieurs formes d'acquisitions : l'acquisition d'un concurrent pour l'éliminer ou le mettre en sommeil ou l'acquisition d'une entreprise qui vient renforcer la position de l'acquéreur sur un même marché ou des marchés voisins, ce qui permet à certains acteurs d'accroître leur position sur le marché. L'Autorité parle d'acquisition « consolidantes » ou « englobantes ».

³ Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 février 2020.

⁴ Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation, 27 novembre 2019.

⁵ <https://www.nytimes.com/2020/02/11/technology/ftc-tech-giants-acquisitions.html>.

⁶ <https://www.wired.com/story/ftc-special-order-review-big-tech-killer-acquisitions/>.

⁷ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », 19 février 2020.

⁸ Vice-présidente de la Commission européenne chargée de l'Europe à l'ère du numérique et Commissaire européen à la concurrence.

⁹ Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 février 2020.

Par ailleurs, elle met en avant une autre difficulté qui est liée aux caractéristiques de l'économie numérique. Dans les rares cas où une opération est contrôlable, des difficultés d'analyse peuvent apparaître en raison du manque de prévisibilité que l'on peut avoir sur une jeune société dans le secteur du numérique. Le contrôle des concentrations est effectué ex ante, avant que la concentration ne soit réalisée. Il exige une analyse prospective de la part des autorités de concurrence, analyse qui peut s'avérer difficile dans un secteur où les mutations sont rapides, structurantes et suppriment la pertinence de l'horizon temporel classique de 3 à 5 ans.

L'Autorité émet des propositions afin de prendre en compte les killer acquisitions dans le contrôle des concentrations.

Tout d'abord, elle « propose la mise en place d'une obligation d'information de la Commission et/ou des autorités de concurrence concernées de toutes les concentrations au sens de l'article 3 du règlement n°139/2004 mises en œuvre sur le territoire européen par des entreprises « structurantes » ».

Ensuite, elle propose d'ajouter aux seuils actuels de notification obligatoire, un mécanisme de notification qui peut être mis en œuvre à l'initiative d'une autorité de concurrence. Ce système existe d'ailleurs déjà dans plusieurs pays tels que l'Estonie, la Hongrie, la Lituanie, la Norvège et la Suède. C'est aussi le cas aux États-Unis ou au Japon.

Dans un tel cadre, l'Autorité pourrait obliger les parties à la concentration de notifier l'opération, ex ante ou ex post, lorsque les trois conditions suivantes seront réunies :

- « l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration réalise un chiffre d'affaires total mondial supérieur à 150 millions d'euros ;
- l'opération soulève des préoccupations substantielles de concurrence identifiées sur le territoire concerné et, le cas échéant ;
- l'opération ne relève pas de la compétence de la Commission européenne. »

Bien que le terme de « préoccupations de concurrence » soit déjà connu dans d'autres procédures contentieuses devant l'Autorité (les procédures d'engagement), il y aurait certainement un travail de définition à effectuer, dans un souci de sécurité juridique, afin notamment d'identifier à partir de quel moment (ou de quel seuil), les « préoccupations de concurrence » seraient considérées comme « substantielles ».

Enfin, elle propose un délai de douze mois, au terme duquel l'intervention ex post ne serait plus possible et la possibilité pour les entreprises concernées de notifier

volontairement ces opérations de concentration aux autorités de concurrence concernées.

Etienne Chantrel, rapporteur général adjoint et chef du service des concentrations de l'Autorité a indiqué dans une conférence qu'il donnait à Londres le 19 février 2020 que les entreprises dominantes devraient systématiquement informer les autorités de concurrence de leurs opérations de concentration comme cela est le cas en Norvège. Il a indiqué qu'en Norvège, un millier de sociétés doivent informer l'autorité de concurrence au sujet de n'importe quelle concentration et quel que soit le seuil. Il s'agit seulement d'une information mais si quelque chose suscite l'intérêt de l'autorité Norvégienne, elle peut empêcher la concentration.

Cette opinion est également partagée par la présidente de l'Autorité, Isabelle de Silva qui a indiqué qu'elle espérait que le nouvel exécutif européen encouragerait l'introduction de règles spécifiques afin d'obliger les plateformes dominantes à notifier toutes leurs opérations.

Le 19 février 2020 était décidément un jour crucial pour le sujet des killer acquisitions.

À cette date, le Sénat français a adopté une proposition de loi « visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace »¹⁰. Le chapitre III de cette proposition de loi est consacré aux killer acquisitions et prévoit un amendement du dispositif de contrôle des concentrations afin de pouvoir appréhender les opérations qui se caractérisent par de potentiels effets anticoncurrentiels importants mais qui n'entrent pas dans le champ d'application de la notification obligatoire.

Cette proposition de loi s'inspire du système qui existe en Norvège et suggère qu'une obligation d'information soit mise en place de la part des entreprises « structurantes ». Cette information serait minimale afin de ne pas créer des contraintes supplémentaires aux entreprises. L'Autorité, comme cela ressort des propositions de sa Contribution, aurait ensuite la possibilité de faire usage de son pouvoir d'évocation des opérations réalisées.

Enfin, l'autorité de concurrence britannique (la Competition and Market Authority, ci-après « CMA ») a déclaré lors d'une conférence¹¹ à Melbourne le 27 février 2020 qu'un changement était nécessaire au sujet des killer acquisitions et qu'elle était en cours de révisions de ses lignes directrices pour tenir compte de cette évolution (par exemple pour qui concernerait le niveau de preuve requis pour les plateformes en ligne).

Les autorités de concurrence ont manifestement décidé de saisir à bras le corps le sujet des killer acquisitions. Les mois à venir seront passionnants !

¹⁰ Sénat, proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, 19 février 2020.

¹¹ International Competition Network Workshop, Melbourne, Australie, 27-28 février 2020.