

**PROJET DE LIGNES DIRECTRICES DE LA COMMISSION EUROPEENNE
CONCERNANT LES CONCENTRATIONS DE SOCIETES
ENTREtenant DES RELATIONS VERTICALES OU CONGLOMERALES**

Observations de l'AFEP

La Commission européenne a rendu public en février 2007 un projet de lignes directrices portant sur les concentrations verticales ou conglomérales. L'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) expose ci-dessous ses observations sur les orientations que la Commission soumet à discussion.

En 2006, l'AFEP a regroupé 85 des plus grands groupes privés exerçant en France, dont les effectifs employés s'élevaient à un total d'environ 4,9 millions de personnes pour un chiffre d'affaires annuel de près de 1150 milliards d'euros et un produit net des entreprises bancaires supérieur à 80 milliards d'euros⁽¹⁾. La capitalisation boursière des groupes français cotés adhérents de l'AFEP dépassait 1300 milliards d'euros fin 2006.

Les entreprises accueillent favorablement la démarche de clarification engagée par la Commission. Elles restent cependant réservées sur la méthodologie générale retenue et souhaitent faire valoir différents commentaires spécifiques sur le projet en consultation, liés notamment à la notion d'efficience de ces opérations de concentration, verticales ou conglomérales.

REMARQUES GENERALES

Si la Commission entend apporter clarté et prévisibilité aux entreprises, celles-ci s'interrogent néanmoins sur la démarche retenue pour atteindre cet objectif. Ceci concerne tant les arguments mis en avant par la Commission aux fins de ses démonstrations que certaines modifications envisagées dont la justification n'apparaît pas clairement.

De fait, à la rigueur de la démonstration, fondée sur de nombreux exemples qui éclairent de manière convaincante l'approche de la Commission, s'ajoutent, sans justification, des intentions prêtées aux entreprises dans le cadre de ces opérations. La confusion entre assertions objectives et subjectives peut mettre en cause la cohérence de la démarche engagée par la Commission.

La Commission considère par ailleurs que les concentrations verticales créent de manière générale moins de problèmes que les concentrations horizontales (§ 11 à 14). Cette appréciation paraît infirmer le jugement de dommages systématiques à la concurrence imputés aux entreprises dans ce type d'opération.

(1) Données « monde » pour les entreprises françaises et « France » pour les filiales d'entreprises étrangères.

Alors que les opérations verticales conduisent rarement à une diminution du nombre de concurrents et permettent au contraire d'importants gains d'efficacité, les entreprises s'étonnent que la Commission modifie le niveau de parts de marché et le degré de concentration (IHH) en deçà desquels l'absence de problème de concurrence est présumée pour analyser ces opérations sous l'angle de la concurrence. Elles constatent que ces niveaux ont été récemment rappelés dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales de 2004² et qu'à ce titre, il n'est pas nécessaire de les modifier à nouveau.

Les entreprises demandent donc à la Commission de maintenir ces références qui, intégrées dans leurs pratiques depuis de nombreux mois, leur donnent la clarté et la visibilité recherchées dans cette consultation.

REMARQUES SPECIFIQUES

Concernant les opérations verticales et compte tenu des commentaires fournis par la Commission, les entreprises souhaitent réitérer l'importance qu'elles attachent à un droit de la propriété intellectuelle autonome. Elles attirent également l'attention de la Commission sur certaines définitions qui interviennent dans la partie du texte concernant les opérations verticales mais dont les modifications demeurent valables pour les opérations conglomerales. Elles s'inquiètent enfin du caractère hautement spéculatif des éléments pris en compte pour l'appréciation d'une concentration conglomerale.

Concernant les opérations verticales

L'autonomie du droit de la propriété intellectuelle est indispensable

La protection de la propriété industrielle est d'intérêt général et poursuit un but tout aussi légitime que la politique de concurrence ou celle du Marché intérieur. A ce titre, les droits de propriété intellectuelle doivent être traités avec grande précaution par les textes communautaires en matière de concentration et, plus généralement, en droit de la concurrence³. La propriété intellectuelle étant d'intérêt général, l'autonomie de son cadre juridique est fondamentale pour le développement et la dynamique économique de la R&D et de l'innovation. Les éventuels conflits d'approches juridiques doivent être tranchés à partir d'une analyse des effets socio-économiques propres à chaque situation.

Or, on observe un décalage croissant entre l'affirmation d'une politique de protection renforcée des droits de propriété intellectuelle et les obstacles de plus en plus nombreux rencontrés par les entreprises, dès lors qu'elles recherchent la protection effective de ces droits. La compétitivité des entreprises européennes ne peut pas être défendue concrètement si un élément aussi essentiel que la protection de l'innovation n'est pas assuré dans un cadre juridique clair et stable.

² Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JOUE C 31/5 du 05.02.2004).

³ Il est ici fait référence à la note de bas de page (22) du § 32, qui évoque un terme générique pour la notion de contribution (« inputs ») qui couvre, inter alia, « l'accès aux droits de propriété intellectuelle ».

Certaines définitions doivent être clarifiées

Il en est ainsi des notions de marché pertinent (§ 23), de gains d'efficacité et de délai au cours duquel ces efficacités peuvent être appréciées.

- **Marché pertinent**

La Commission énonce au § 23 le principe selon lequel les opérations non horizontales n'entravent pas une concurrence effective sous réserve que l'entité fusionnée n'ait pas de pouvoir de marché dans au moins un des marchés concernés.

Si les entreprises adhèrent à ce principe, elles proposent néanmoins que soient précisés les marchés concernés devant être considérés comme pertinents (« relevant »). La conséquence d'une telle opération peut en effet augmenter parfois *de facto* le pouvoir de marché de l'entité nouvelle sans qu'il soit pour autant intéressant de le retenir dans l'analyse, ces marchés concernés présentant peu de signification pour l'entité nouvelle.

- **Gains d'efficacité**

Selon le § 85⁴ des lignes directrices de la Commission sur les concentrations horizontales de 2004, les « gains d'efficacité propres à la concentration » supposent le cumul de deux conditions :

- les gains doivent être une conséquence directe de l'opération ;
- ils ne peuvent pas être obtenus dans une mesure similaire au moyen d'alternatives moins anticoncurrentielles.

Les entreprises souhaitent que la Commission précise cette définition en indiquant que les gains d'efficacité devraient pouvoir être pris en compte même lorsque l'opération de concentration n'en est pas la cause exclusive.

- **Appréciation des gains d'efficacité dans le temps**

La Commission considère au § 83⁵ que plus les gains d'efficacité projetés sont éloignés dans le temps, moins ils sont pertinents. Pour compenser d'éventuelles atteintes à la concurrence, ils « doivent intervenir en temps utile ».

Si elle est souple, cette notion temporelle paraît trop imprécise pour ne pas entraîner d'insécurité pour les entreprises qui ne peuvent anticiper les critères sur lesquels la Commission va évaluer les effets positifs de l'opération pour les consommateurs. Elles souhaitent donc que la Commission tienne mieux compte du temps de l'entreprise et de ses investissements, qui est souvent un horizon de moyen ou de long terme.

Concernant les opérations conglomerales

La démarche décrite par la Commission lorsqu'il s'agit d'analyser les concentrations conglomerales avec effets non-coordonnés (§ 92 et suivants) apparaît, plus encore que les autres lignes directrices, hautement spéculative pour les entreprises. Elles s'interrogent en effet sur la pertinence et la robustesse des hypothèses susceptibles d'être construites par la Commission sur la base de telles anticipations. Ainsi, les exemples décrits par la Commission relèvent probablement davantage de l'analyse a posteriori de l'abus de position dominante.

⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03) ; JOUE du 5.2.2004.

⁵ Ibid.