

## LA DÉCISION DU MOIS

### La Cour de cassation adopte une position lourde de conséquences en matière de garantie des vices cachés.

Pour mesurer l'importance des quatre arrêts commentés, il convient avant tout d'en expliquer le contexte. Avant même l'adoption de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, la jurisprudence estimait que le délai de l'article 1648 du Code civil devait être combiné avec un autre délai, qualifié de "délai butoir", correspondant au délai de prescription de droit commun d'une durée de trente ans, dans les contrats de vente civile (anc. art. 2262 C. civ.) et de dix ans, dans les contrats de vente conclus entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants (art. L. 110-4, I C.com.). A la différence de l'article 1648, qui prévoit que le délai biennal court à compter de la découverte du vice, l'ancien article 2262 du Code civil, comme l'article L. 110-4, I du Code de commerce, ne fixaient pas le point de départ de la prescription de droit commun. La Cour de cassation l'avait alors fixé au jour de la vente.

Puis, est intervenue la loi du 17 juin 2008 qui a réduit à cinq ans le délai de prescription trentenaire - jugé excessif - de l'ancien article 2262 du Code civil, en adoptant le nouvel article 2224 : "Les actions personnelles et mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer" et réduit à cinq ans le délai de prescription décennal de l'article L. 110-4, I du Code de commerce afin de l'harmoniser avec celui de l'article 2224 du Code civil, mais sans en préciser le point de départ. Cette loi a également introduit le nouvel article 2232, alinéa 1 du Code civil, selon lequel le délai de prescription extinctive ne peut être porté au-delà de vingt ans

à compter de la naissance du droit. Puis, la Cour de cassation a, par un arrêt rendu en Assemblée plénière, énoncé que le délai de l'article 2232 constitue le délai-butoir de droit commun des actions civiles et commerciales au-delà duquel elles ne peuvent plus être exercées. Par ailleurs, elle s'est prononcée en faveur d'un alignement total du régime du délai de l'article L. 110-4, I du Code de commerce sur celui de l'article 2224 du Code civil, y compris s'agissant de son point de départ.

Mais le nouvel article 2232, alinéa 1 du Code civil, suscitait débats et décisions contradictoires. Fallait-il retenir comme délai de prescription extinctive le délai de vingt ans de l'article 2232 du Code civil, comme l'estimait la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, ou bien le délai quinquennal des articles 2224 du Code civil et L. 110-4, I du Code de commerce, solution retenue par la première Chambre civile et la Chambre commerciale ?

*L'action en garantie des vices cachés doit être intentée dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice, ou, en matière d'action récursoire, à compter de l'assignation, mais aussi dans le délai de vingt ans à compter de la vente du bien.*

Par trois arrêts rendus en Chambre mixte du 21 juillet 2023 (LawLex202300010602JBJ, LawLex202300010609JBJ, LawLex202300010618JBJ), la Cour de cassation a clarifié sa position, en consacrant le délai butoir de 20 ans prévu à l'article 2232, qu'il s'agisse d'une vente simple ou intégrée dans une chaîne de contrats, et quelle que soit la nature du bien. Pour ce faire, la Cour rappelle que le

point de départ du délai de prescription de l'article L. 110-4, I du Code de commerce ne peut que résulter du droit commun de l'article 2224, de sorte que le point de départ glissant de la prescription extinctive des articles 2224 du Code civil et L. 110-4, I du Code de commerce se confond désormais avec le point de départ du délai de l'article 1648, alinéa 1, du Code civil, à savoir la découverte du vice. La Haute juridiction en déduit que les délais de prescription extinctive des articles 2224 du Code civil et L. 110-4, I du Code de commerce ne peuvent plus être analysés en des délais butoirs spéciaux, de nature à encadrer l'action en garantie des vices cachés. Dès lors, l'encadrement dans le temps de l'action en garantie des vices cachés ne peut plus désormais être assuré que par l'article 2232 du Code civil.

En pratique, est donc recevable, sous réserve du respect du délai biennal de l'article 1648, l'action en garantie des vices cachés de l'acheteur contre son vendeur, l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant, ou l'action récursoire du vendeur contre le fabricant, dès lors qu'elle a été intentée moins de vingt ans après le jour de la naissance du droit, qui correspond, en matière de garantie des vices cachés, au jour de la vente.

Par un quatrième arrêt en date du même jour (LawLex202300010599JBJ), la Chambre mixte a également unifié la position de ses Chambres concernant la nature du délai de l'article 1648, alinéa 1 du Code civil. Alors que la troisième Chambre civile considérait le délai de l'article 1648 comme un délai de forclusion (qui, dès lors ne pouvait être suspendu et,



une fois écoulé, s'éteignait), la première Chambre civile le qualifiait de délai de prescription (qui, en tant que mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire, pouvait être suspendu). En pratique, devant la première Chambre civile, le délai était interrompu par une assignation en référé expertise jusqu'au jour de l'ordonnance de référé, et suspendu jusqu'au dépôt du rapport d'expertise, puis recommençait à courir à compter du dépôt dudit rapport, tandis que devant la troisième Chambre civile, le délai était interrompu par l'assignation en référé expertise jusqu'au jour de l'ordonnance en référé, puis un nouveau délai de deux ans commençait à courir à compter de la désignation de l'expert. Dorénavant, selon la Chambre mixte, le délai biennal de l'article 1648 est un délai de prescription. Lorsqu'il est interrompu par une assignation en référé, conformément à

l'article 2241, ce délai est suspendu si le juge a fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, en application de l'article 2239, et recommence à courir à compter du jour où la mesure a été exécutée.

Les conséquences de cette prise de position sont multiples. L'allongement du délai pour agir pose la question de l'équilibre des restitutions. Alors que la jurisprudence se refuse jusqu'à présent à octroyer au vendeur une quelconque indemnité d'usage, ce dernier risque de récupérer une chose dont la valeur pourra être très diminuée tandis que l'acheteur se verra restituer l'intégralité de la somme versée pour une chose dont il aura joui gratuitement. Dans le contexte de la vie des affaires, le délai de 20 ans de l'article 2232 apparaît particulièrement long. Comparativement, on notera que l'action en responsabilité du fait

des produits défectueux est encadrée par un délai butoir de dix ans et que la garantie des constructeurs se prescrit également par dix ans. Les rédacteurs de l'avant-projet du droit des contrats spéciaux ont fait une proposition optionnelle d'un délai butoir de 10 ans à compter de la délivrance du bien. Enfin, une résurgence, à court ou moyen terme, de certains contentieux, déclarés prescrits, est à craindre.

#### GARANTIE DES VICES CACHÉS

Cour de cassation

Chambre mixte

21 juillet 2023

LawLex202300010599JBJ,

LawLex202300010602JBJ,

LawLex202300010609JBJ1

LawLex202300010618JBJ



---

## L'ACTUALITÉ

---

### Des prix imposés ne constituent pas nécessairement une restriction par objet.

Saisie sur questions préjudicielles d'une juridiction portugaise qui s'interrogeait sur la nature de la fixation verticale de prix minimaux par Super Bock Bebidas, la Cour de justice, dont les interventions sont rares en la matière, rend une décision de principe. Qualifiées par les règlements restrictions verticales de restrictions caractérisées, les pratiques de fixation de prix sont généralement jugées restrictives par objet (V. not. TUE, 27 sept. 2012, aff. T-354/06, LawLex201200002058JBJ ; 28 mars 2019, aff. T-433/16, LawLex201900000405JBJ). La Cour affirme clairement qu'un accord vertical de fixation de prix ne constitue pas nécessairement et en soi une restriction par objet. La notion de restriction par objet, qui doit s'interpréter de manière restrictive, ne coïncide pas nécessairement avec celle de restriction caractérisée. Ces notions ne sont en effet pas interchangeables. Aussi la Cour considère-t-elle que les restrictions exclues de l'exemption par catégorie doivent être examinées, au cas par cas, au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. La Cour dit ainsi pour droit que pour déterminer si un accord vertical de fixation de prix

minimaux de revente comporte une restriction de concurrence par objet, il convient de vérifier si cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, compte tenu de la teneur de ses stipulations, des objectifs qu'il vise à atteindre et de l'ensemble des éléments caractérisant le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère.

La Cour précise en substance que le juge national doit donc, pour apprécier si un accord vertical de fixation de prix minimaux comporte une restriction de concurrence par objet, vérifier non seulement si cet accord présente un degré suffisant de nocivité mais aussi s'il est susceptible de constituer une restriction caractérisée au sens de l'article 4, a), des règlements 2790/1999 et 330/2010. Elle lui rappelle, par ailleurs, que l'accord, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, est caractérisé lorsqu'un fournisseur impose à ses distributeurs des prix minimaux de revente de ses produits, l'imposition des prix par le fournisseur et leur respect par les distributeurs reflétant l'expression de la volonté concordante de ces parties, qui peut résulter tant des clauses du contrat de distribution, lorsqu'il contient

une invitation explicite à respecter des prix minimaux de revente ou autorise, à tout le moins, le fournisseur à imposer de tels prix, que du comportement des parties et, notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement, explicite ou tacite, de la part des distributeurs à une invitation à respecter des prix minimaux de revente.

Les réponses apportées aux autres questions préjudicielles sont d'une portée moindre. Elles rappellent des solutions classiques sur la preuve directe ou indirecte admise pour établir l'existence d'un accord de prix imposés ou sur la condition d'affectation du commerce entre Etats membres, interprétée de façon très large (possibilité d'affectation du commerce entre Etats membres même si l'accord ne couvre qu'une partie du territoire d'un Etat membre).

#### ENTENTES

Cour de justice de l'Union européenne

29 juin 2023

LawLex202300008452JB





## Les accords et pratiques concertées des soumissionnaires à l'attribution d'un accord-cadre lors d'appels d'offres passés par le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives caractérisent une infraction unique, complexe et continue.

En l'espèce l'Autorité de la concurrence (AdlC) était saisie, à la suite d'une demande de clémence par l'une des entreprises en cause, de deux séries d'ententes. Une première série concernait différents échanges entre certains prestataires préalablement à l'attribution par le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA) d'un accord-cadre à l'occasion de la mise en œuvre de celui-ci, pour l'attribution subséquente d'un certain nombre de marchés. Une seconde série portait sur des concertations et échanges d'informations qui seraient intervenues dans le cadre d'appels d'offres ponctuels, qui n'entraient pas dans le champ d'application de l'accord-cadre.

L'Autorité considère que les échanges par courriels et les réunions, intervenus moins d'un mois avant le dépôt des offres, sur les bordereaux de prix, ainsi que l'absence d'intérêt par le marché considéré manifesté par l'un des soumissionnaires, établissent le caractère concerté de leurs réponses à l'appel d'offres pour l'attribution de l'accord-cadre alors que

les parties à l'entente ne pouvaient pas ignorer que ces échanges avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet de réduire l'autonomie de leurs offres (Comp., Paris, 9 mars 2023, LawLex202300003351JBJ). Elle estime qu'en se concertant pour l'attribution d'un accord-cadre et sa mise en œuvre, elles ont privé le CEA du profit qu'il était en droit d'attendre d'une mise en concurrence, alors que le respect des règles de concurrence lui garantit la sincérité des appels d'offres et la bonne utilisation de l'argent public. Aussi, la concertation sur les prix, les solutions techniques et l'intention des attributaires de soumissionner ou non revêtant un objet anticoncurrentiel, l'Autorité retient-elle que le fait que le marché en cause n'ait pas été attribué n'a aucune incidence sur la qualification de ces pratiques qui étaient susceptibles d'influencer le résultat de l'appel d'offres au moment où les échanges sont intervenus. Elle considère enfin que ces accords et pratiques concertées caractérisent une infraction unique, complexe et continue. En effet, les échanges inter-

venus à chaque étape de l'attribution et de la mise en œuvre de l'accord-cadre participent, en l'occurrence, d'une stratégie unique consistant à organiser une coopération cohérente et permanente entre les entreprises devant exécuter les prestations sollicitées par un acheteur public en application d'un accord-cadre. En revanche, pour la seconde série d'accords, l'AdlC retient l'absence d'infraction unique, complexe et continue dès lors que l'objectif et les modalités des pratiques poursuivies diffèrent, que sur le plan temporel, il n'y a pas de continuité ou de complémentarité entre ces séries de pratiques et que celles-ci sont mises en œuvre dans des contextes juridiques et économiques différents.

### ENTENTES

Autorité de la concurrence  
7 septembre 2023  
LawLex202300011225JBJ

★★★

## L'augmentation du niveau des sanctions depuis le nouveau communiqué Sanctions est désormais une réalité pour les entreprises.

Dans l'affaire du traitement des déchets nucléaires (V. ci-dessus), l'Autorité de la concurrence s'est également prononcée sur l'imputabilité de la sanction et son mode de calcul.

Les sociétés en cause étant le plus souvent filiales de grand groupes, l'Autorité a fait usage de la présomption d'exercice d'une influence déterminante, qui, quoiqu'elle s'en défende, revêt un caractère quasi-irréfragable tant aucun des arguments soulevés n'apparaît de nature à renverser. Classiquement, elle estime que l'argument selon lequel les sociétés mères ne s'immiscent pas dans les activités commerciales quotidiennes de leurs filiales, qui disposent de leur propre direction locale et de leurs propres moyens, ne suffit pas à renverser la présomption, dès lors que la relation d'influence déterminante n'est pas une relation d'instigation. Aucun mode d'organisation du groupe ne semble permettre de faire échapper la société mère à sa responsabilité. Ainsi, l'existence de seuils pour le déclenchement de procédures de contrôle préalables et

le fait que ceux-ci soient supérieurs au montant des marchés en cause, n'exclut pas la responsabilité de la société mère, dès lors que leur seule définition par cette dernière tend à prouver qu'elle exerce une influence sur la stratégie industrielle et commerciale de ses filiales. De même, l'application d'un modèle fondé sur un système de délégation aux filiales, ne prouve pas l'autonomie de ces dernières mais tend au contraire, à ses yeux, à établir l'existence d'un cadre commun défini par la société mère et appliqué par elles. Dès lors, le fait que les pratiques aient été mises en œuvre par deux salariés de filiales ayant bénéficié d'une délégation de pouvoirs et que ceux-ci aient agi à l'insu de leur hiérarchie, n'empêche pas leur imputation à la société mère, puisqu'une absence de relation d'instigation est indifférente. Enfin, toute preuve de l'autonomie d'une filiale qui ne serait pas contemporaine des pratiques et propre à la société concernée est écartée.

Dans la présente affaire, l'Autorité a aussi immédiatement appliqué le

communiqué Sanctions de 2021, dont la plupart des auteurs s'accordent à dire qu'il traduit un durcissement du niveau des amendes. Or, les entreprises en cause s'étaient opposées à son application rétroactive, les faits ayant été commis avant son entrée en vigueur, sur le fondement des principes de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et de protection de la confiance légitime. L'Autorité a cependant retenu qu'un communiqué de procédure ne constitue pas une loi pénale, mais de simples lignes directrices au sens de la jurisprudence administrative, qui visent à donner plus de prévisibilité aux sanctions encourues par les entreprises. En outre, ce texte, qui ne ferait que consacrer des solutions déjà appliquées en pratique, ne porterait pas atteinte aux principes invoqués car, en définitive, le plafond d'amende de 10 % n'a pas changé. Or, à l'intérieur de ce plafond, il est incontestable que le nouveau communiqué relève considérablement le niveau des sanctions, puisqu'il introduit le ticket d'entrée pour les in-



fractions les plus graves ainsi qu'un doublement du pourcentage retenu pour les années suivant la première année de mise en œuvre de l'infraction dans le calcul de la durée de l'infraction et abandonne le plafond d'amende de 750 000 euro en cas de procédure simplifiée.

Par ailleurs, s'agissant de pratiques locales, l'Autorité de la concurrence a, de manière tout aussi contestable, retenu une valeur des ventes en rela-

tion avec l'infraction correspondant au chiffre d'affaires réalisé en France au cours de l'exercice en cause pour les prestations concernées par l'entente, qui conduit, là encore, à une augmentation non négligeable de l'assiette de la sanction. Enfin, pour deux entreprises, le montant de base de l'amende infligée a été majoré de 40 à 50 % au seul motif que la valeur des ventes retenue ne représentait qu'entre 0,01 et 0,02 % du chiffre

d'affaires des groupes auxquels elles appartenaient.

#### AMENDE

Autorité de la concurrence  
7 septembre 2023  
LawLex202300011225JBJ



### Lorsque les faits ont été commis avant l'ordonnance de 2017, une victime d'entente ne peut obtenir réparation de son préjudice si elle n'établit pas l'absence de répercussion du surcoût.

Un groupe distributeur a assigné l'un de ses fournisseurs de produits d'hygiène féminine après que l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., 18 déc. 2014, LawLex201500001522JBJ), dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris (Paris, 27 oct. 2016, LawLex201600001790JBJ), ait retenu sa participation à une entente unique, complexe et continue sur le marché français de l'approvisionnement en produits d'hygiène, qui visait à maintenir les marges des fournisseurs par une concertation sur les prix pratiqués à l'égard de la grande distribution. Les premiers juges ont déclaré son action recevable au motif que la prescription n'avait pu courir qu'à compter de la décision de l'Autorité, mais ont estimé que le demandeur n'établissait aucun des préjudices invoqués (T. com. Paris, 4 nov. 2019, n° 2017013952). La Cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement (Paris, 5 janv. 2022, n° 19/22293).

Comme d'autres juges après elle, elle a souligné, en particulier, que les présomptions instituées par la directive 2014/104, notamment celle de non-répercussion du surcoût, ne peuvent s'appliquer à des faits commis avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition du 9 mars 2017 (V. Cass. com., 19 oct. 2022, LawLex202200008773JBJ ; Paris, 28 juin 2023, LawLex202300008454JBJ). Par conséquent, elle a considéré que la

prétendue victime devait établir, par des preuves ne se limitant pas nécessairement à sa comptabilité, qu'elle n'avait pas répercuté le surcoût allégué sur ses prix de vente au consommateur. Or, selon elle, l'appelante avait échoué à apporter cette preuve, de sorte que son action ne pouvait qu'être rejetée.

Au soutien de son pourvoi, l'enseigne faisait valoir que la cour d'appel avait mis à sa charge une preuve impossible (*probatio diabolica*) en exigeant la preuve d'un fait négatif, se rapportant, qui plus est, à une période qui n'était plus couverte par l'obligation de conservation des documents comptables. En outre, le fait, à le supposer établi, d'avoir répercuté en aval le manque à gagner né de l'entente ne pouvait remettre en cause l'existence du préjudice qu'elle avait subi en raison de ce manque à gagner. Du reste, les juges du fond n'avaient pas vérifié que la répercussion du surcoût était d'un montant équivalent à celui du manque à gagner sur les marges arrière et couvrait par conséquent l'intégralité de son préjudice. Enfin, elle prétendait que la répercussion du surcoût était pour elle inenvisageable dès lors qu'elle aurait été neutralisée par la baisse du volume des ventes induite par la hausse des prix.

Pas plus que les juges du fond, la Cour de cassation n'a été convaincue par les arguments de l'enseigne.

A l'instar de ceux-ci, elle préfère se concentrer sur les études éco-

nomiques avancées pour réfuter la thèse de la répercussion du surcoût et souligne implicitement que la preuve exigée ne peut résulter d'extrapolations ou de généralisations. Or, en l'occurrence, la première méthode d'évaluation proposée, fondée sur une comparaison avant/après portant sur un seul exercice post entente, établissait une corrélation discutable entre la valeur des marges arrière que l'enseigne aurait réalisée avec les produits du fournisseur et le chiffre d'affaires total du groupe distributeur, tous produits confondus. En outre, elle n'apportait aucun autre élément, comptable ou non, permettant d'exclure une répercussion du manque à gagner sur la marge avant. La méthode subsidiaire proposée souffrait des mêmes défauts puisqu'elle ne reposait que sur une corrélation parfaite entre la valeur des marges arrière réalisées par les sociétés du groupe avec les produits du fournisseur et l'évolution des taux moyens constatée par la DGCCRF.

#### SANCTIONS CIVILES

Cour de cassation  
Chambre commerciale  
6 septembre 2023  
LawLex202300011287JBJ







## Contrôle des concentrations : questions d'actualité

Le contrôle des opérations de concentration est considéré à juste titre comme un pan essentiel du droit de la concurrence. Lorsqu'une opération de concentration dépasse les seuils nationaux ou européens de contrôle, il est nécessaire d'examiner si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence. Si le principe du contrôle se comprend aisément, sa mise en œuvre récente apparaît néanmoins de plus en plus complexe à la fois pour les entreprises et pour l'économie européenne en général. A l'élargissement permanent du champ d'application du contrôle sans garanties suffisantes de sécurité juridique s'ajoutent des modalités de contrôle de plus en plus lourdes susceptibles de générer des effets négatifs pour l'économie européenne.

I. Un champ d'application trop large ne garantissant pas la sécurité juridique des entreprises

A. Un champ d'application trop large

### 1. L'absence de révision des seuils.

Les seuils de contrôle demeurent généralement fixes sans révision périodique régulière alors que les chiffres d'affaires des entreprises augmentent du fait de l'inflation, de sorte que les opérations soumises à contrôle se multiplient mécaniquement. Il serait indispensable que les seuils de contrôle soient revus régulièrement.

### 2. La définition restrictive des marchés pertinents.

De façon générale, les marchés pertinents sont délimités de manière de plus en plus étroite, tant du point de vue géographique que de celui des produits en cause. Cela conduit à devoir étudier une multitude de micro-marchés sur lesquels les entreprises disposent mécaniquement de parts de marché plus élevées. Il en résulte un élargissement du contrôle à des opérations parfois insignifiantes, et le risque d'astreindre les entreprises à des remèdes disproportionnés. La nouvelle communication sur la définition du marché pertinent ne devrait malheureusement pas changer cette pratique de micro-segmentation des marchés. Compte tenu de l'europanisation des marchés, de la concurrence généralisée du commerce en ligne par rapport à la distribution traditionnelle et de la réalité économique, il serait urgent de reconsidérer cette tendance au découpage à l'extrême des marchés.

### 3. Le contrôle excessif des filiales communes des groupes.

En cas de création de filiale com-

mune, le chiffre d'affaires permettant de calculer le dépassement des seuils est celui des groupes co-contrôlant la filiale commune. Des opérations portant sur des activités marginales, comme le rachat en commun d'un actif immobilier générant de faibles loyers peuvent ainsi tomber dans le champ d'application du contrôle. Il conviendrait de reconsidérer le contrôle de ce type d'opération lorsqu'il porte sur des activités marginales.

### B. L'absence de sécurité juridique

#### 4. Le contrôle en-dessous des seuils par la réinterprétation de l'article 22 du règlement.

Les seuils de contrôle en valeur absolue ont été définis pour garantir aux entreprises une prévisibilité et une sécurité juridiques. Malheureusement, la période récente a vu se multiplier les mécanismes de contrôle en-dessous des seuils. Un premier pas a été franchi par le biais d'un changement d'interprétation de l'article 22 du règlement sur le contrôle des concentrations. A l'origine, ce mécanisme de renvoi vers les autorités européennes était prévu pour permettre à la Commission d'être saisie de concentrations pouvant poser un problème de concurrence alors que de nombreux Etats membres n'avaient pas mis en place de contrôle des concentrations. Avec la mise en œuvre progressive de régimes de contrôle des concentrations quasiment dans tous les Etats membres, la Commission a découragé les demandes de renvoi au titre de l'article 22. Elle a récemment procédé à un changement radical de politique en 2021 avec pour objectif de mieux contrôler les killer acquisitions consistant à prendre le contrôle d'un concurrent naissant au potentiel d'innovation très élevé, et de façon générale les concentrations impliquant des entreprises qui jouent ou sont susceptibles de jouer un rôle concurrentiel important en dépit de la faiblesse de leur chiffre d'affaires au moment de la prise de contrôle qui a pour conséquence de les placer sous les seuils de contrôle. Elle a donc décidé d'encourager et d'accepter désormais des renvois dans le cas où l'Etat membre requérant n'a pas la compétence initiale pour connaître de l'affaire faute de dépassement des seuils de contrôle nationaux (Orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, JOUE C 113/1 du 31 mars 2021). Certes, la Commission et les autorités natio-

nales de concurrence (ANC) font valoir que le renvoi de l'article 22 suppose une demande d'un Etat membre et la démonstration d'une affectation du commerce entre Etats membres et d'une menace d'affectation significative de la concurrence sur le territoire du ou des Etats membres qui formulent la demande. Ces conditions sont cependant très légères et d'application très souple pour les autorités nationales, de sorte que le renvoi sous les seuils constitue un risque qui prive les entreprises de la sécurité juridique des seuils. Les demandes de renvoi se sont accrues. L'Autorité de la concurrence (AdC) s'est emparée de cette nouvelle faculté en transmettant à la Commission le projet de concentration Illumina/Grail, finalement invalidé par la Commission (Comm. UE, 6 sept. 2022, aff. M. 10188). Plus récemment, la Commission n'a pas hésité à inviter les Etats membres à présenter une demande de renvoi et a accepté le 18 août 2023 les demandes de 15 Etats membres concernant le projet d'acquisition de l'entreprise israélienne de semi-conducteurs Autotalks par Qualcomm. Enfin, le 21 août 2023, la Commission a accepté le renvoi par quatre autorités nordiques de la prise de contrôle de Nasdaq Power par EEX. Si l'on comprend l'objectif, le moyen utilisé n'est pas adéquat car il sacrifie totalement la sécurité juridique et la prévisibilité au souci d'efficience, ce qui ne correspond pas à la conception occidentale de la règle de droit. Il aurait suffi, pour parvenir au même résultat sans supprimer la sécurité juridique des opérateurs, de prévoir des seuils spécifiques de contrôle des *killer acquisitions* à l'instar de ceux adoptés par l'Allemagne en 2017 fondés sur la valeur de la transaction combinée à des seuils de chiffre d'affaires moins élevés.

#### 5. Le retour de la jurisprudence Continental Can dans l'affaire Towercast.

Un deuxième pas a été franchi plus récemment à l'occasion d'une réponse de la Cour de justice à une question préjudicielle de la Cour d'appel de Paris. La CJUE considère qu'une opération de concentration dépourvue de dimension communautaire et située en-dessous des seuils de contrôle *ex ante* obligatoires prévus par le droit national et n'ayant pas donné lieu à un renvoi à la Commission européenne au titre de l'article 22, peut être



analysée par une ANC comme étant constitutive d'un abus de position dominante prohibé par l'article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale (CJUE, 16 mars 2023, LawLex202300003720JBJ). Encore une fois, les autorités de contrôle ont tendance à minimiser la portée de ce contrôle *ex post* qui suppose la détention d'une position dominante et la preuve d'un abus consistant dans une entrave substantielle à la concurrence. Cette voie de contrôle *ex post* n'est pas du tout satisfaisante. Elle est d'autant plus grave qu'elle expose les entreprises, après la réalisation de l'acquisition, à des sanctions lourdes (sanctions pécuniaires lourdes, injonctions, voire mesures structurelles) alors qu'en principe une opération de concentration ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. Il serait préférable d'imaginer des seuils spécifiques pour les *killer acquisitions* plutôt que de multiplier les contrôles sous les seuils, dont la mise en œuvre est tributaire d'analyses complexes et génératrice d'incertitude.

#### 6. L'absence d'harmonisation de la notion de concentration au niveau européen.

Dans certains Etats membres, de simples prises de participation minoritaires sont susceptibles de relever du contrôle des concentrations, ce qui rend l'analyse d'une opération au niveau européen complexe et nécessite la consultation de multiples cabinets locaux qu'un régime unifié permettrait d'éviter.

### II. Des modalités de contrôle générant des effets pervers

#### A. Des améliorations nécessaires à l'efficacité économique du contrôle

##### 7. Les délais.

De façon générale, les délais de contrôle sont beaucoup plus longs que les délais légaux affichés. La pré-notification s'est imposée et

n'est enserrée dans aucune limite temporelle. Certaines autorités ont créé des calendriers de procédure avec des délais pour encadrer la durée de la pré-notification, ce qui apparaît comme une bonne idée qu'il conviendrait de généraliser. Des statistiques sur les délais réels de pré-notification et de notification devraient également être publiées afin de se rendre compte des délais réels et de mieux évaluer les mesures à prendre pour les réduire.

##### 8. L'insuffisante prise en considération de l'avenir.

Si le contrôle des concentrations constitue un contrôle *ex ante*, tourné vers l'avenir, il arrive que les autorités de concurrence tiennent insuffisamment compte, dans leur analyse, des évolutions à venir des secteurs économiques concernés, notamment de ceux soumis à des cycles économiques décroissants. Cette position conduit à entraver des rapprochements d'entreprises, nécessaires dans les secteurs aux perspectives économiques décroissantes ou menacés par des transferts de valeur résultant d'innovations de rupture.

#### B. Les effets économiques d'une absence de modernisation du contrôle

##### 9. Un frein à la réorganisation de l'économie européenne.

La pratique montre que des opérations justifiées par la nécessaire réorganisation d'entreprises, se heurtent à une impossibilité du fait d'une extrême segmentation des marchés. L'analyse contribue à défavoriser les entreprises européennes par rapport à la concurrence extra-européenne.

##### 10. Un désavantage structurel au détriment des entreprises européennes dans un contexte de rivalité économique avec la Chine et les Etats-Unis.

En pratique, des solutions franco-françaises ou européennes sont souvent défavorisées par le contrôle des concentrations par rapport à la

prise de contrôle d'une entreprise française ou européenne par un opérateur extra-européen, notamment américain ou chinois, moins présent en Europe que les candidats européens au rachat. Pour un opérateur d'un Etat membre, l'opération sera plus longue, plus complexe et/ou plus coûteuse que pour l'opérateur extra-européen peu implanté localement. Le temps étant un facteur de décision essentiel dans le monde des affaires, cela peut conduire à favoriser l'opérateur extra-européen et à devoir imaginer des mécanismes complexes de contrôle des investissements extra-européens au niveau national ou européen. Le moment est venu de prendre conscience de ces effets pervers et d'adopter des mesures en vue de les limiter. De façon générale, il est urgent de rendre les contrôles des concentrations en Europe plus conformes à nos intérêts stratégiques, à l'efficacité et à la sécurité juridique.