

Ouverture d'une consultation publique sur l'introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification

28/01/25



L'Autorité de la concurrence informe, dans un communiqué de presse du 14 janvier 2025, de l'ouverture d'une consultation publique sur l'introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations en dessous des seuils de notification prévus à l'article L. 430-2 du Code de commerce.

I. De quelques éléments de contexte

1. La fin du régime d'application extensif de l'article 22 du Règlement 139/2004

Cette consultation publique s'inscrit dans le contexte de la saga Illumina/

Grail à l'issue de laquelle la Cour de justice a mis fin au recours extensif à l'article 22 du règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 mis en œuvre par la Commission et le Tribunal de l'Union, qui s'étaient prononcés en faveur de la faculté de renvoi par les autorités nationales de concurrence (ANC) à la Commission des opérations ne dépassant pas les seuils de notification nationaux (CJUE, 3 septembre 2024, Illumina/Grail, C-611/22 P).

Par cet arrêt, la Cour de justice a précisé que la Commission ne peut accepter une telle demande de renvoi que pour autant que l'ANC est elle-même compétente, autrement

dit, si et seulement si l'opération de concentration franchit les seuils prévus par le droit national. La Cour a considéré que seule une intervention du législateur pouvait permettre de régler le sort des concentrations non soumises à contrôle mais susceptibles d'avoir une incidence sur la concurrence.

C'est dans ce contexte, en faisant valoir sa volonté de prévenir d'éventuelles atteintes à la concurrence sur le territoire national que l'Autorité de la concurrence a souhaité explorer les pistes permettant d'instaurer un contrôle de telles concentrations.

2. Les enseignements des précédentes consultations publiques de l'Autorité

La question d'une réponse normative à la problématique d'opérations de concentration sous les seuils, mais susceptibles d'affecter la concurrence n'est pas nouvelle. L'Autorité de la concurrence a déjà eu recours en 2017 et 2018 à des consultations publiques. Celles-ci avaient conduit à promouvoir un pouvoir d'évocation de l'Autorité ou à condamner certaines solutions du droit comparé, telles les approches allemande et autrichienne reposant sur l'introduction d'un seuil fondé sur la valeur de transaction, ou encore la réintroduction d'un seuil en parts de marché.

Un seuil fondé sur la valeur de transaction avait ainsi été écarté au vu du risque de submerger l'Autorité par des notifications d'opérations sans enjeu concurrentiel, d'instaurer un climat d'incertitude quant à l'obligation de notifier ou encore de créer un « effet de seuil ». La proposition consistant à réintroduire un seuil en parts de marché avait également été abandonnée car elle impliquait de se fonder sur un marché pertinent, alourdissant le dispositif en l'absence de précédent en la matière. En outre, certaines opérations, par leur nature, tels certains rapprochements de nature non-horizontale ou encore l'acquisition de cibles innovantes ou prometteuses mais ne disposant pas encore d'une position de marché, dites « Killer acquisitions », auraient échappé à un tel contrôle.

II. De la consultation publique consécutive à la décision Illumina/Grail

Aux termes de la consultation publique en cours, l'Autorité de la concurrence propose trois options pour prévenir l'atteinte à la concurrence que peuvent porter les concentrations ne franchissant pas les seuils nationaux de notification en vigueur, dont deux impliqueraient une intervention du législateur français.

1. La création d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité de la concurrence

La première solution, le pouvoir d'évocation, est celle déjà plébiscitée par l'Autorité de la concurrence dans ses consultations publiques passées. Ce pouvoir donné à l'Autorité, ciblé et encadré dans le temps, nécessiterait la réunion de deux critères, l'un de nature quantitative et l'autre de nature qualitative. Le premier serait le dépassement d'un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé par les parties en France. Le second exigerait que l'opération menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire.

Les arguments présentés en faveur du choix d'un tel système sont de deux ordres. D'abord l'avantage d'être déjà mis en œuvre dans dix Etats membres de l'Espace Economique Européen (EEE), offrant des perspectives nombreuses de comparaison. Ensuite sa dynamique de progression importante, plusieurs Etats l'ayant adopté récemment (la Hongrie en 2017, l'Italie en 2022, l'Irlande en 2023, le Danemark en 2024), ce qui est présenté comme un gage d'efficacité et de pertinence du mécanisme.

Toutefois, les critères d'application de ce pouvoir d'évocation oscillent entre les Etats, certains n'usant que d'un critère qualitatif (l'Irlande et la Norvège s'en tiennent au critère du soupçon de risque anticoncurrentiel) tandis que d'autres combinent ce critère avec le critère quantitatif du dépassement du seuil national en chiffre d'affaires du droit commun des concentrations (l'Italie et la Suède par exemple). S'agissant du critère quantitatif, certains Etats préfèrent un autre seuil en chiffre d'affaires, inférieur à celui du droit commun (c'est la solution de la Hongrie et du Danemark) ou même un seuil fondé sur une autre donnée (les parts de marché pour le Slovénie). En outre, la Norvège et la Suède adossent leurs critères d'application à la présence de l'entreprise sur une liste prédéfinie.

A ce stade, l'Autorité de la concurrence

semble opter pour la combinaison des deux critères sans toutefois préciser le seuil choisi. Cette première option nécessite l'intervention du législateur pour fixer les critères, l'Autorité annonce d'ailleurs que si l'option est retenue, elle publiera également des lignes directrices pour assurer une certaine sécurité juridique au régime.

2. La notification tirée de l'existence d'une décision antérieure de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission ou d'une désignation en tant que « contrôleur d'accès » en vertu du DMA

La deuxième solution s'inspire du droit suisse (article 9§4 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence) régissant la question du contrôle de concentrations ne remplissant pas les seuils nationaux du droit commun des concentrations. Elle nécessite également une intervention du législateur en l'état du droit positif.

L'Autorité propose d'ajouter un critère alternatif aux seuils de droit commun qui rendrait obligatoire la notification d'opérations de concentration concernant des entreprises ayant fait l'objet d'une décision antérieure de l'Autorité de la concurrence (interdiction ou autorisation avec engagements en matière de contrôle des concentrations, sanction ou engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article 102 TFUE ou L. 420-2 du Code de commerce) ou désignées « contrôleur d'accès » ou « gatekeeper » par la Commission européenne dans le cadre du Digital Market Act (DMA) (Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022).

Un encadrement temporel est prévu mais non encore détaillé concernant le délai entre le moment de la notification et la date de la décision antérieure (même non purgée de tout recours) qui fonde l'obligation de notification.

Cette option manque cependant de retours d'expérience, la Suisse ayant prévu une liste de ces entreprises

déclarées en position dominante qui n'est pas publique. Par ailleurs, dans son évaluation de la loi sur les cartels, le Conseil fédéral suisse ne revient pas sur l'usage de l'article 9§4 mais indique, dans une observation générale sur son droit des concentrations, que ce dernier présente des carences et qu'une harmonisation avec le régime de l'Union Européenne serait souhaitable.

Enfin, cette option suscite des doutes sur la sécurité juridique qu'elle offre aux entreprises. En effet, sans plus de précisions, ce mécanisme interroge quant aux opérations réalisées par des sociétés membres d'un groupe de sociétés. Comment procéder si la mère, la filiale ou une société sœur de l'entreprise désignée gate keeper réalise une opération de concentration ? Sur cette question, la consultation publique devra consolider fortement la proposition.

3. La solution du statu quo : l'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles

L'Autorité envisage aussi la possibilité de ne pas faire intervenir le législateur en s'en tenant aux instruments du droit positif. Le contrôle de l'opération de concentration sous

les seuils nationaux intervenant a posteriori, tant sur le fondement du droit des ententes (101 TFUE et 420-1 du Code de commerce) que sur le fondement du droit des abus de position dominante (102 TFUE et 420-2 du Code de commerce).

Le recours au droit des ententes et des abus de position dominante postérieurement à la réalisation d'opérations non contrôlées fait d'ailleurs l'objet d'une actualité récente. La Cour de justice a réaffirmé la possibilité de contrôler ex post des concentrations non soumises à notification sur le fondement de l'article 102 TFUE dans son arrêt Towercast (CJUE, 16 mars 2023, C-449/21), solution déjà utilisée dans la décision Continental Can, dans un contexte d'absence de règlement des concentrations. Il en va de même pour le droit des ententes (déjà en ce sens : CJCE, 17 novembre 1987, British-American Tobacco, C – 142 et 156/84), l'Autorité de la concurrence ayant également confirmé la faculté de contrôle ex post par le biais du droit des ententes (Décision 24-D-05 du 02 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage).

L'arrêt Towercast pose cependant trois conditions à une application a posteriori du droit de l'abus de posi-

tion dominante : l'acquéreur est en position dominante sur le marché pertinent considéré (1), l'acquéreur a pris le contrôle d'une autre entreprise présente sur le même marché (2) et l'acquéreur a entravé substantiellement la concurrence sur le marché (3). Outre le fait que cette solution nécessite de déterminer un marché pertinent, ce qui entraîne une complexification du dossier s'il n'y a pas de décision antérieure sur le sujet, elle présente l'énorme inconvénient d'instaurer une insécurité juridique au détriment des entreprises.

C'est d'ailleurs la critique générale qui peut être adressée aux trois options soumises à consultation. Elles sont toutes de nature à fragiliser la sécurité juridique et à complexifier les transactions alors que notre économie a au contraire besoin de davantage de fluidité et de sécurité des transactions. Il y a par ailleurs bien d'autres problèmes d'application du droit des concentrations et de la concurrence à régler, notamment les délais de contrôle qui demeurent trop longs et le périmètre des opérations soumises à contrôle qui est excessif. Ne faudrait-il pas adresser les problèmes les plus importants avant de se préoccuper de questions dont le rapport coût/efficacité n'est pas évident ?



VOGEL  **VOGEL**

Vogel & Vogel, 30 avenue d'Iéna 75116 Paris France
Tél. : +33 (0) 1 53 67 76 20
E-mail : vogel-contact@vogel-vogel.com

Tous droits réservés. Reproduction interdite sauf accord spécial