

Comité concurrence de la Chambre de Commerce Internationale en France (ICC France)

Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur les modalités d'introduction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur

Introduction

1. L'Autorité de la concurrence (ci-après « **l'Autorité** ») a ouvert le 14 janvier 2025 une consultation publique sur les modalités d'instruction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur (ci-après la « **Consultation** »).
2. Le Comité concurrence de la Chambre de Commerce Internationale en France (ci-après « **ICC France** ») salue la volonté de l'Autorité de consulter les différentes parties prenantes sur ce sujet d'importance capitale pour la sécurité juridique des entreprises, cette préoccupation étant au cœur de la présente contribution.
3. Les entreprises ne sont pas en mesure de notifier leur opération de concentration sous les seuils et, depuis que l'Autorité peut envisager de réprimer de telles opérations pour entente ou abus de position dominante, elles doivent auto-évaluer la situation, actuellement sans indication claire, ce qui est source d'insécurité juridique. En effet, les opérations de M&A nécessitent une telle prévisibilité et une telle sécurité juridique pour répondre aux attentes légitimes des parties. Le vendeur doit pouvoir être certain qu'une fois qu'il a touché le prix de la vente d'une activité ou d'une filiale, il puisse utiliser ces fonds pour d'autres projets sans avoir à rendre ou provisionner tout ou partie du montant de la transaction. De la même façon, l'acquéreur doit pouvoir créer des synergies commerciales avec la cible qu'il a acquise dès le *closing* sans risque d'une éventuelle remise en question de l'acquisition *a posteriori* pouvant aller jusqu'à une remise à l'état antérieur.
4. Par ailleurs, le besoin de prévisibilité dans la prise de décisions des autorités de concurrence est cité non seulement dans le récent rapport Draghi¹, mais aussi dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « **CJUE** ») qui a rappelé dans sa décision *Illumina/Grail* que : « **La détermination de la compétence des autorités nationales de concurrence par référence à des critères liés aux chiffres d'affaires est un gage important de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises concernées qui doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme, notamment en ce qui concerne la langue et le contenu des informations requises, elles doivent saisir celle-ci lorsqu'elles s'engagent dans une opération de concentration** »².
5. Toutefois, ICC France estime que l'introduction d'un nouveau moyen d'intervention de l'Autorité sur les concentrations sous les seuils au travers d'un nouveau pouvoir

¹ Rapport de Mario Draghi sur la compétitivité européenne, Partie B, Section 2, Chapitre 4, p.304.

² CJUE, *Illumina/GRAIL*, aff. jointes C-611/22 P et C-625/22 P, 3 septembre 2024, para. 209 (surlignement ajouté).

d'évocation (ci-après « **Option 1** ») ou de nouvelles conditions de notification (ci-après « **Option 2** ») est une réponse inadaptée et n'est pas souhaitable pour les raisons détaillées ci-dessous (**Section 1**). Ces options sont par ailleurs susceptibles d'avoir un impact sur tous les secteurs d'activité alors qu'elles ont vocation à cibler les opérations sous les seuils dites prédatrices de certains secteurs émergents et/ ou innovants.

6. ICC France considère préférable de s'en tenir à l'état du droit existant, à savoir l'examen *ex-post* des opérations sous les seuils au titre des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après « **TFUE** », « **l'Option 3** »), mais appelle à un encadrement très strict des conditions de mise en œuvre et demande que cette approche ne soit utilisée qu'en dernier ressort (**Section 2**).

1 Options 1 & 2 : L'introduction de nouveaux outils permettant d'examiner des concentrations sous les seuils est inadaptée

1.1 Option 1 : L'introduction d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité

7. L'Autorité envisage comme première option un pouvoir d'évocation ciblé, pouvant être mis en œuvre selon certains critères. ICC France considère cependant que cette option n'est pas souhaitable pour plusieurs raisons.

1.1.1. Un pouvoir d'évocation source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité

8. L'introduction d'un évènement aussi incertain qu'un pouvoir d'évocation dans les transactions ajoute de l'aléa et contraint les entreprises à prévoir des clauses d'aménagement, d'indemnité ou de garanties *post-closing*.
9. ICC France n'est donc pas favorable à l'introduction d'un tel mécanisme. S'il devait tout de même voir le jour, il serait vital qu'il soit au minimum encadré grâce à des critères de fond et de forme clairement établis.
10. Or dans sa Consultation, l'Autorité introduit l'idée selon laquelle son pouvoir d'évocation serait « *ciblé et encadré dans le temps* », et indique que seules les opérations qui franchissent (i) « *un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé* » et (ii) « *menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire* » seraient soumises à ce nouveau mécanisme.
11. ICC France relève que ces critères, définis vaguement, attribueraient un grand pouvoir discrétionnaire à l'Autorité et seraient sources d'imprévisibilité et d'insécurité juridique. Si le critère d'évocation exprimé en chiffre d'affaires est par nature prévisible (les régimes de contrôle des concentrations fondés sur des critères exprimés en seuils de chiffres d'affaires sont d'ailleurs considérés comme les plus favorables à la sécurité juridique), celui ayant trait à l'atteinte à la concurrence est à la fois imprécis et complexe à appréhender et nuit ainsi à la prévisibilité et à la sécurité juridique.
12. Plusieurs États-membres prennent en considération les conséquences de l'opération sur leur marché national avec ou sans critère de seuil de chiffre d'affaires supplémentaire. En Irlande, il suffit que l'opération soit susceptible d'affecter la concurrence sur le marché national pour que l'autorité de concurrence s'en saisisse. En Lituanie, l'activation du mécanisme d'évocation est encore plus vague car elle est conditionnée à l'impact « potentiel » des opérations sur le marché national.
13. Ces approches trop imprécises et hétérogènes ne sont pas satisfaisantes, d'autant plus que les analyses à mener pour estimer le risque d'une éventuelle évocation sont complexes.

14. S'agissant des délais applicables aux pouvoirs d'évocation des autorités nationales de concurrence (ci-après, « **ANC** »), certains pays, comme la Suède, ne prévoient aucune limite de temps pour exercer leurs pouvoirs d'évocation. Cela s'oppose aux cas de l'Italie ou du Danemark où les autorités disposent d'un délai de 6 mois après la réalisation de l'opération pour intervenir. De façon similaire en Irlande, ce délai est de 60 jours ouvrables à compter de l'annonce publique de l'opération, de la prise de connaissance de celle-ci par l'autorité locale ou, à défaut, de sa réalisation.
15. La disparité des régimes juridiques applicables accentue ainsi l'insécurité juridique pour les entreprises. Surtout, ICC note que la mise en œuvre de ces pouvoirs reste très limitée : si la Suède l'a utilisé cinq fois sur les vingt dernières années, l'Italie et la Hongrie ne l'ont à ce jour utilisé qu'une seule fois.
16. Lors de sa contribution en 2018, ICC France avait également souligné à l'Autorité que, dans plusieurs juridictions, la mise en place d'un contrôle des concentrations *ex-post* était limitée à des cas spécifiques sur lesquels des problèmes de concurrence pouvaient se poser. C'est le cas notamment de la Hongrie dont les pouvoirs d'évocation s'appliquent aux opérations sur des marchés locaux, la Lituanie qui dispose d'un mécanisme limité au secteur de la publicité en ligne et de la Suède qui ne traite que les opérations se déroulant sur des marchés très concentrés³.
17. Ces approches, hétérogènes ici aussi, démontrent qu'il n'existe pas de délai universellement reconnu comme satisfaisant. ICC France insiste évidemment pour qu'un délai raisonnable et court soit défini si un pouvoir d'évocation devait être envisagé par l'Autorité. En particulier, il conviendrait que l'acquéreur ou le vendeur aient la faculté (mais non l'obligation) d'informer l'Autorité de façon extrêmement sommaire dans un délai raisonnable avant la clôture de l'opération. Il conviendrait ensuite de limiter la possibilité pour l'Autorité d'évoquer l'affaire à un délai d'un mois après cette information, ce qui devrait éviter que l'évocation intervienne après la clôture de ladite opération.

1.1.2. Les pouvoirs d'évocation nuisent à l'harmonisation du marché unique européen

18. ICC France rappelle que les opérateurs économiques de l'Espace économique européen sont déjà soumis – en vertu des règles nationales et européennes – au contrôle des concentrations de chaque État-membre, qui, en ce qui concerne les opérations notifiables, ne fait l'objet d'aucune harmonisation. À cela s'ajoutent les 11 mécanismes d'évocation nationaux hétérogènes déjà en vigueur.
19. Ces différents pouvoirs d'évocation ont pour conséquences d'alourdir les besoins d'analyses des entreprises en amont des transactions, d'allonger les délais nécessaires en multipliant de potentiels échanges informels avec les autorités de concurrence de chaque État et de procéder à des notifications séparées, source de complexité et d'accroissement de la charge réglementaire pour les entreprises concernées.
20. Le dialogue avec les ANC est souvent encouragé par la faculté de les consulter sur une opération en dessous des seuils de notification et susceptible, le cas échéant, d'évocation.
21. ICC France observe qu'un pouvoir d'évocation peut avoir un effet d'encombrement et requiert des ressources importantes pour les ANC. Par exemple, en Italie, le pouvoir d'évocation de l'autorité de concurrence italienne (AGCM) a eu pour conséquence en

³ ICC France, Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post*, 1^{er} octobre 2018, §§50-51.

pratique que de nombreuses entreprises ont pris le parti de notifier volontairement les opérations sous les seuils de contrôle des concentrations par simple précaution et souci de sécurité juridique, même lorsqu'elles ne présentent aucun problème en droit de la concurrence, ce qui alourdit *in fine* la charge réglementaire pour les entreprises concernées.

22. La multiplication de procédures parallèles dans tous les États-membres dotés d'un pouvoir d'évocation nuirait en tout état de cause à l'harmonisation du marché unique européen, dont le but est précisément de centraliser et décomplexifier les procédures et réglementations auxquelles sont soumises les entreprises opérant dans l'UE.

1.1.3. Le cumul d'un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité et de sa faculté à contrôler *ex-post* des concentrations sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles

23. L'arrêt *Towercast*⁴ de la CJUE a reconnu la possibilité aux ANC de sanctionner les opérations de concentration après leur réalisation sous l'angle de l'article 102 du TFUE lorsqu'elles sont constitutives d'une pratique anticoncurrentielle. L'Autorité a d'ailleurs appliqué l'approche retenue dans cet arrêt dans une hypothèse d'une possible entente anticoncurrentielle sur le fondement de l'article 101 du TFUE, en rendant une décision de non-lieu en date du 2 mai 2024⁵ (ci-après, « **l'Affaire Équarrissage** »). L'Autorité entend continuer d'utiliser cette nouvelle prérogative pour contrôler *ex-post* les concentrations sous les seuils (voir **Section 2**).
24. Si l'Autorité décidait de retenir l'Option 1, ce nouveau mécanisme s'ajouterait à la possibilité de contrôler des opérations de concentration susceptibles de soulever des problèmes de concurrence sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles postérieurement à leur réalisation. C'est la raison pour laquelle l'encadrement de l'Option 1 dans un certain délai serait insuffisant en ce que privé de portée effective pour les entreprises. Cette double atteinte à la sécurité juridique des entreprises ne paraît ni proportionnée, ni nécessaire, l'Autorité disposant déjà de moyens permettant de contrôler *ex-post* des opérations qui sous sont les seuils actuels de notification.
25. En tout état de cause, si l'Option 1 devait être retenue, ICC France souhaiterait que l'Autorité précise qu'une opération autorisée après utilisation de son pouvoir d'évocation ne pourra pas donner lieu à un examen de la même opération sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles afin que les entreprises ne soient pas soumises au même contrôle à deux reprises.
26. En outre, si l'Option 1 devait être retenue, en vue de faciliter l'anticipation des risques, ICC France recommanderait à l'Autorité de mettre en place des seuils de chiffre d'affaires cumulés et individuels en France afin de veiller à garantir un lien suffisant avec le pays et éviter l'évocation d'opérations où les entreprises concernées ne réaliseraient qu'un chiffre d'affaires minime sur le territoire français. Ces seuils pourraient par exemple être significatifs pour l'acquéreur mais significativement plus bas pour la cible afin de couvrir l'hypothèse d'acquisition de nouvelles entreprises au chiffre d'affaires encore limité.
27. Par ailleurs, un critère d'atteinte à la concurrence devrait être ajouté à ces critères quantitatifs ainsi qu'un seuil de menace qui permettrait de définir un cadre précis et ainsi limiter le champ de l'action de l'Autorité. ICC France inviterait également l'Autorité à

⁴ CJUE, *Towercast SASU/Autorité de la concurrence*, aff. C-449/21, 16 mars 2023.

⁵ Décision n°24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

s'inspirer des régimes des autres Etats-membres de l'EEE qui ont intégré des scénarios préétablis et qui ont délimité strictement leur champ d'action dans des délais limités.

1.1.4. Remarques conclusives sur l'Option 1

28. ICC France conclut que l'instauration d'un pouvoir d'évocation serait inadaptée aux objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique dont l'Autorité doit tenir compte dans l'élaboration de ses moyens d'interventions.
29. Par conséquent, ICC France considère que l'adoption de l'Option 1 n'est pas souhaitable. A toutes fins utiles, si l'Autorité insiste pour introduire un pouvoir d'évocation en droit français, ICC France considère que ce dernier devra être encadré de manière très stricte. A ce sujet, ICC France émet des recommandations spécifiques à l'Option 1, reprises au sein de la section 3 ci-dessous.

1.2 Option 2 : La création d'une catégorie spécifique d'entreprises soumises à une obligation de notification

30. L'Autorité envisage une Option 2 dans laquelle des entreprises seraient désignées sur la base de décisions précédentes (i) d'interdictions ou d'autorisations avec engagements en contrôle des concentrations, (ii) de sanctions et d'engagements en matière d'abus de position dominante ou (iii) lorsqu'une partie à l'opération a été désignée contrôleur d'accès au sens du Digital Markets Act (ci-après, « **DMA** ») par la Commission européenne (ci-après, la « **Commission** », « **Décision(s)** »).
31. Selon ICC France, cette option se heurterait à des obstacles juridiques et pratiques importants. Il n'est donc pas non plus souhaitable que l'Autorité l'adopte.

1.2.1. Les problématiques liées à chacun des critères envisagés dans l'Option 2

32. ICC France s'interroge sur la mise en œuvre de ces critères qui soulèvent chacun plusieurs inconvénients.
 - a. **La nomination basée sur des décisions d'interdictions ou d'autorisations avec engagements en contrôle des concentrations (critère n°1)**
 33. ICC France relève tout d'abord que le manque de souplesse inhérent à ce critère pourrait amener à prendre en compte des concentrations entre entreprises n'opérant pas sur le même marché ni sur des marchés amont, aval ou connexes, pour la simple raison qu'une précédente opération – conduisant à des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux – a été interdite ou autorisée sous conditions. Cela conduirait à allouer une partie des moyens humains et financiers de l'Autorité à des concentrations qui ne soulèvent aucun problème de concurrence.
 34. À titre purement illustratif, si FNAC/Darty – qui a dû prendre des engagements dans le cadre de son opération de concentration en 2016 – venait à acquérir une entreprise active dans le secteur des transports et que l'opération n'atteignait pas les seuils de notification applicables, FNAC/Darty devrait obligatoirement notifier cette opération à l'Autorité malgré l'absence de tous chevauchements horizontaux ou verticaux et même d'effets congloméraux.
 35. Pour les fonds d'investissement, qui réalisent un volume important d'opérations, cette exigence de notification liée à des engagements antérieurs représenterait une contrainte majeure. La diversité de leurs participations, conjuguée à la fréquence de leurs acquisitions, multiplie le risque de déclencher des notifications automatiques, même

pour des opérations sans lien avec les marchés initialement concernés par une décision d'engagements antérieure. Cette complexité administrative disproportionnée risquerait à la fois de pénaliser leur activité mais aussi de saturer les services de l'Autorité.

36. ICC France considère également que choisir un tel critère ne permettrait pas d'examiner les opérations posant de réelles problématiques de concurrence pour peu qu'elles concernent des entreprises n'ayant jamais fait l'objet d'une décision d'engagements ou d'interdiction de l'Autorité. Instaurer ce critère ne répondrait donc pas à la philosophie initiale d'élargissement des pouvoirs de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations et reviendrait à faire peser des contraintes importantes sur des entreprises de toutes tailles, sans considération des dynamiques des marchés sur lesquels elles sont actives ou du contexte dans lequel les décisions ont été rendues.

b. La nomination basée sur les décisions de sanctions ou d'engagements en matière d'abus de position dominante (critère n°2)

37. ICC considère que ce critère pose plusieurs difficultés.
38. Tout d'abord, il instaure une sorte de présomption de réitération de mauvais comportement ou de suspicion d'acquisition prédatrice pour toute entreprise qui aurait déjà été condamnée pour abus de position dominante. Il établit aussi un lien artificiel entre un comportement anticoncurrentiel passé et une stratégie d'acquisition intervenant plusieurs années plus tard. Ce critère n'apparaît donc pas légitime.
39. Ensuite, la législation Suisse dont il est inspiré est un cas isolé en Europe dès lors qu'aucune autre autorité n'a adopté un tel mécanisme. A ce titre, ICC France relève que l'autorité de la concurrence suisse, dans son évaluation générale de la loi sur les cartels, a elle-même désavoué ce mécanisme, jugé trop permissif et présentant certaines carences. Elle considère qu'il devrait être remplacé pour s'aligner sur la pratique internationale⁶.
40. Enfin, ce critère interroge sur sa pertinence dans le temps puisque, sur des marchés innovants, les positions des entreprises peuvent fluctuer rapidement. Il ne serait pas justifié de soumettre une entreprise ayant abusé de sa position dominante par le passé à une notification obligatoire si celle-ci est soumise depuis lors à une concurrence vive d'opérateurs (dont de nouveaux entrants).
41. ICC France nourrit donc de vives inquiétudes à l'idée que pareil critère soit employé, étant entendu, comme le reconnaît déjà la Consultation de l'Autorité, qu'il ne pourrait, en tout état de cause, que s'appuyer sur une Décision concernant tout ou partie du territoire français afin de ne pas contrôler des opérations mises en œuvre par des entreprises ayant abusé de leur position dominante mais n'ayant aucun lien avec la France.

c. La nomination basée sur une désignation en tant que contrôleur d'accès par la Commission (critère n°3)

42. Ce critère limiterait la désignation des entreprises à celles ayant un statut de « *contrôleurs d'accès* » en vertu du DMA. ICC France relève cependant que ces

⁶ Voir Commission de la concurrence Suisse (ci-après « **COMCO** »), Message concernant la révision partielle de la loi sur les cartels du 8 décembre 2023 et COMCO, Rapport concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier, 17 mars 2009.

entreprises ont déjà l'obligation d'informer la Commission de leurs opérations de concentration au titre de l'article 14 du Règlement.

43. Les risques concernant les concentrations sous les seuils étant déjà traités par la Commission, il serait redondant d'astreindre ces acteurs à une autre obligation de notification au niveau national et pourrait, dans le pire des scénarios, conduire à un risque de contradiction entre les décisions rendues.
44. En outre, ICC France rappelle que la décision *Illumina/Grail* de la CJUE⁷ a souligné que les textes européens ne sauraient être utilisés dans un objectif autre que celui pour lequel ils ont été adoptés. Or, le DMA n'a pas été conçu pour permettre de contrôler des concentrations sous les seuils nationaux, même indirectement, mais pour encadrer les comportements des contrôleurs d'accès sur les marchés où ils sont actifs. À en suivre l'interprétation de la Cour, les décisions de désignation issues du DMA ne sauraient donc fonder une obligation de notification au niveau national dans le cadre de contrôles de concentrations.

1.2.2. Les problématiques inhérentes à l'Option 2

a. Le champ d'application temporel du dispositif

45. Dans sa Consultation, l'Autorité indique que la Décision doit avoir été rendue « *dans un certain délai précédant la notification formelle* ». ICC France relève, comme indiqué ci-dessus, qu'une Décision trop ancienne ne permettrait pas de prendre en compte les différentes dynamiques de marché existantes.
46. À l'inverse, prendre pour référence une Décision trop récente supposerait que soient pris en compte les délais de recours afin que la Décision soit définitive (les risques liés à l'utilisation de décisions non purgées de recours, envisagée par l'Autorité, sont développés ci-dessous).

b. L'utilisation de Décisions non purgées de tout recours

47. La prise en compte des Décisions non-purgées de recours n'est pas acceptable pour deux raisons.
48. Un tel choix priverait tout d'abord d'effet utile le droit au recours des entreprises ayant fait l'objet de Décisions. Les entreprises se verraient obligées de notifier leurs opérations à l'Autorité alors même que les analyses fondant ces Décisions pourraient être erronées.
49. En outre, en cas d'annulation de la Décision, l'Autorité encourrait le risque de voir ses décisions d'examen de concentrations privées de toute base légale. Cette situation surviendrait dans les cas où une décision d'interdiction ou d'engagements aurait été rendue par l'Autorité alors même que la Décision ayant fondé la notification de l'opération aurait été réformée ou annulée⁸.

⁷ CJUE, *Illumina/GRAIL*, aff. jointes C-611/22 P et C-625/22 P, 3 septembre 2024.

⁸ Voir par exemple l'annulation de la décision n°20-D-11 de l'Autorité de la concurrence par la Cour d'appel de Paris (Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 7, 16 février 2023, n° 20/14632).

1.2.3. Remarques conclusives sur l'Option 2

50. Au regard des obstacles juridiques et pratiques identifiés, ICC France conclut que la notification obligatoire des opérations de concentration basée sur des Décisions ne serait pas non plus souhaitable.

2 Option 3 : le contrôle *ex-post* des concentrations sous seuils au titre des articles 101 et 102 du TFUE doit rester exceptionnel et subordonné à des conditions strictes

51. L'arrêt *Towercast* de la CJUE du 16 mars 2023 a confirmé la possibilité, pour les ANC de revoir une opération de concentration qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle *ex-ante* sur le fondement de l'article 102 du TFUE. Il est à craindre que les ANC puissent se fonder non seulement sur l'article 102 du TFUE mais également sur l'article 101 du TFUE, d'applicabilité directe selon une jurisprudence constante, pour appréhender les opérations de concentration sous les seuils⁹.
52. ICC France ne conteste pas ces apports. Elle note à ce titre que l'autorité belge de la concurrence a été la première ANC à faire une application directe de la jurisprudence *Towercast*¹⁰ au titre de l'article 102 du TFUE, avant que l'Autorité l'utilise à son tour en l'étendant à l'article 101 du TFUE dans l'Affaire Equarrissage précitée.
53. L'actualité confirme que ces exemples ne sont pas isolés avec une deuxième affaire en cours devant l'Autorité au titre de l'article 101 du TFUE¹¹, et l'ouverture le 22 janvier 2025 d'une première enquête par l'autorité belge de la concurrence sur ce même fondement¹². Cette utilisation plus fréquente du contrôle *ex-post* des opérations de concentration sous les seuils au titre des articles 101 et 102 du TFUE interpelle et inquiète ICC France.
54. Au vu de ces différentes affaires, ICC France appelle à un encadrement strict et une utilisation exceptionnelle des articles 102 (2.1) et 101 du TFUE (2.2) aux concentrations sous les seuils, afin qu'il ne soit pas porté atteinte de façon disproportionnée à la sécurité juridique des entreprises, compte tenu des difficultés procédurales significatives soulevées par le recours à ces dispositions (2.3).

2.1 L'exigence d'une clarification du régime d'application de l'article 102 du TFUE aux opérations de concentration

55. **Standard de preuve** – ICC France considère que l'application de l'article 102 du TFUE à une opération de concentration sous les seuils devrait satisfaire un standard de preuve spécifique et strict. Cela suppose que l'Autorité encadre sa pratique et établisse, de manière claire et précise, une approche permettant de qualifier une opération de concentration comme constituant un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. ICC France ne peut qu'encourager l'Autorité à adopter une grille d'analyse fondée sur un standard de preuve suffisamment clair pour assurer aux entreprises une certaine sécurité juridique.

⁹ Conclusion de l'Avocate générale Kokott, 13 octobre 2022, C-449/21 *Towercast*, §32.

¹⁰ Autorité belge de la concurrence, décision du 6 novembre 2023, n°51/2023, *Proximus/EDPnet*.

¹¹ Voir Autorité, Communiqué de presse du 2 octobre 2024 : « *DASRI dans les DROM : le rapporteur général indique avoir notifié un grief d'entente anticoncurrentielle concernant un accord ayant conduit à la constitution d'un monopole* ».

¹² Autorité belge de la concurrence, 22 janvier 2025, Communiqué de presse n°3/2025, affaire CONC-RPR-25/2005

56. **Position dominante préexistante** – Conformément aux apports de la jurisprudence *Towercast* et de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, ICC France souhaite que l'Autorité limite son action aux situations dans lesquelles l'acquisition a lieu sur un marché sur lequel l'acquéreur est déjà en position dominante. Une approche extensive prenant en compte la détention d'une position dominante sur un marché connexe à l'opération doit être exclue.
57. **Qualification de l'abus** – Selon la jurisprudence *Towercast*, l'application de l'article 102 du TFUE aux opérations de concentration sous les seuils suppose de démontrer l'existence d'une entrave substantielle à la concurrence, qui constitue un standard plus élevé que la démonstration d'une entrave significative à une concurrence effective exigée par le Règlement Concentrations.
58. La CJUE enjoint en effet les ANC à « *vérifier que l'acquéreur est en position dominante sur le marché donné, qu'il a pris le contrôle d'une entreprise sur ce [même] marché, et, par ce comportement, a[urait] entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché* »¹³. Ce faisant, ICC France se félicite que le Président de l'Autorité, dans ses observations soumises à la Cour d'appel de Paris, ait rappelé qu'une opération de concentration ne sera considérée comme abusive que dans l'hypothèse où « *le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante* »¹⁴. Afin de préciser ce standard, l'Autorité devrait s'appuyer sur les apports de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris reprenant la formule de la jurisprudence de la CJUE¹⁵, laquelle précise que « *bien qu'une condition aussi restrictive que l'élimination de toute concurrence ne soit pas exigée dans tous les cas (...), il appartient d'établir que la concurrence était si substantiellement affectée que les compétiteurs résiduels n'étaient pas susceptibles de constituer un contrepoids suffisant* »¹⁶. Dans ce contexte, ICC France rappelle qu'un renforcement de la position de l'acquéreur ne saurait, en tant que tel, constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE¹⁷.
59. Par conséquent, ICC France invite l'Autorité à clarifier et encadrer impérativement le recours à l'article 102 du TFUE pour la revue d'opérations de concentration sous les seuils, ledit recours devant rester exceptionnel.

2.2 La limitation impérative du recours à l'article 101 du TFUE pour contrôler des opérations de concentration sous les seuils

60. ICC France considère que, indépendamment de son fondement juridique, la transposition de la jurisprudence *Towercast* à l'article 101 du TFUE est critiquable

¹³ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §52 (soulignements ajoutés).

¹⁴ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §40 ; Rapp. CJUE, 16 mars 2023, *Towercast*, §52 in fine.

¹⁵ CJUE, 6 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §52 : « *Il appartient notamment à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante* » (soulignement ajouté). Voir aussi CJCE, 21 février 1973, C-6/72, *Continental Can c. Commission* §26.

¹⁶ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire §§67-68.

¹⁷ Conclusion de l'Avocate Générale Kokott, 13 octobre 2022, C-449/21 *Towercast*, §60.

notamment en ce qui concerne l'usage, en opportunité, de cet instrument par l'Autorité, inadapté à la revue d'opérations de concentration.

61. **Existence d'un accord de volonté** – ICC France note qu'un tel accord de volonté est intrinsèque à une concentration, sans lequel une telle opération ne pourrait avoir lieu. Toutefois, une distinction fondamentale s'impose entre la conclusion d'un accord portant sur un transfert de propriété entre deux entreprises et un accord s'inscrivant dans un contexte plus large d'entente anticoncurrentielle. Le Collège de l'Autorité (en opposition avec les services d'instruction¹⁸) l'a notamment relevé dans son Affaire Equarrissage lorsqu'elle a écarté l'existence d'un « *accord de volonté en vue de la réalisation d'un plan global de répartition géographique des marchés de l'équarrissage en France, englobant les opérations de cession mais ne se réduisant pas à elles* »¹⁹, tout en considérant l'accord de volonté relatif au transfert de propriété comme suffisant pour justifier l'application de l'article 101 du TFUE, ce qui reste critiquable.
62. **Objet ou effet anticoncurrentiel** – ICC France considère qu'un accord de volonté en vue de la réalisation d'opérations de concentration ne saurait pour autant être considéré, en tant que tel, comme anticoncurrentiel.
63. ICC France insiste sur l'objectif légitime, relevé par l'Autorité elle-même dans l'Affaire Equarrissage²⁰, d'un accord de transfert de propriété en raison de sa nature purement structurelle et non comportementale. L'application de l'article 101 du TFUE à une opération de concentration sous les seuils devrait nécessairement se limiter (comme le souligne le Collège de l'Autorité) au cas où cet accord légitime de transfert de propriété s'inscrirait lui-même dans le cadre d'une stratégie concurrentielle plus globale (e.g., de partage de marché) qui se substituerait au jeu normal de la concurrence²¹. Ainsi, une opération de concentration ne peut être considérée, à elle seule, comme ayant un objet anticoncurrentiel.
64. ICC France considère que l'existence d'effets anticoncurrentiels d'une opération sous les seuils est par nature exceptionnelle (une concentration affectant nécessairement la structure du marché en cause) et doit répondre à un standard de preuve strict qui est à ce jour très incertain. En effet, l'Autorité n'a pas précisé la méthode d'analyse des effets dans son Affaire Equarrissage puisqu'elle s'est contentée de constater l'absence d'éléments suffisants du dossier, en soulignant malgré tout, le caractère marginal (3%) des pratiques litigieuses sur le marché global.
65. ICC France s'interroge sur le standard applicable pour l'analyse des effets et doute, en tout état de cause, de la pertinence de la jurisprudence traditionnelle de l'article 101 du TFUE en matière d'effets anticoncurrentiels. D'autant plus que, sauf à multiplier les tests de façon redondante, ce standard ne saurait relever de l'entrave significative à une concurrence effective au sens du Règlement Concentrations ni s'assimiler au standard applicable à l'usage de l'article 102 TFUE en matière de concentration (lequel n'est lui-même pas encore clairement déterminé à date).
66. Partant, ICC France considère que le contrôle *ex-post* des concentrations sous les seuils par le biais de l'article 101 du TFUE apparaît en opportunité inadapté et est source

¹⁸ Autorité, Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, §110.

¹⁹ *Ibid*, §119.

²⁰ *Ibid*, §161, §165.

²¹ *Ibid*, §160.

d'une forte insécurité juridique pour les entreprises, raison pour laquelle ce dernier doit être utilisé de manière exceptionnelle.

2.3 D'importantes questions procédurales liées à l'application des articles 101 et 102 du TFUE

67. En sus de relever actuellement de standards incertains et pour l'essentiel inadaptés, ICC France observe que l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux opérations de concentration s'accompagne de difficultés procédurales significatives qui renforcent l'insécurité juridique existante.
68. **L'incompatible durée des procédures** – ICC France s'interroge sur les risques de dérive du fait de la longueur des procédures dans le cadre des articles 101 et 102 du TFUE qui se comptent en années et qui sont inadaptées et incompatibles avec l'activité de fusion/acquisition des entreprises. Dans l'Affaire Equarrissage, ICC France déplore que la décision de l'Autorité soit intervenue 9 ans après la conclusion des accords de cession entre les mises en cause. Bien que l'affaire se soit soldée par un non-lieu, la seule existence de ce précédent rend l'action de l'Autorité particulièrement imprévisible au détriment de la sécurité juridique des entreprises. Une telle intervention des années après l'opération devrait être évitée.
69. La durée des procédures soulève une question intrinsèque relative au délai de prescription applicable qui est très long pour les enquêtes de concurrence : 5 ans lorsqu'aucune enquête n'a été ouverte et 10 ans lorsqu'une enquête a été ouverte²². A l'opposé, la temporalité d'une opération de concentration se compte généralement en mois, non en années. ICC France invite l'Autorité à clarifier le point de départ du délai de prescription afin de mettre un terme à l'incertitude actuelle. Le principe de sécurité juridique devrait ainsi conduire l'Autorité à préciser le cadre temporel de son intervention en prenant en compte les conséquences économiques et pratiques de ses nouvelles prérogatives.
70. **Sanctions inadaptées** – ICC France attire l'attention de l'Autorité sur la nature des sanctions qui pourraient être imposées en application des articles 101 et 102 du TFUE. Elle considère notamment que des sanctions pécuniaires à caractère punitif ne sont pas pertinentes dans le contexte de projets de fusion/acquisition réalisés de bonne foi.
71. De la même manière, l'imposition d'**injonctions** ou d'**engagements** structurels ou comportementaux apparaît difficilement réalisable en pratique, surtout lorsque la décision intervient des années après la conclusion de l'opération, et alors même que ce type de mesure n'a, à ce jour, pas été mis en œuvre dans des cas de *gun jumping*. En cas d'engagements structurels, l'Autorité ne constatera que des préoccupations de concurrence, rendant possible la vente de la cible à un tiers, ce qui serait fondamental afin de ne pas imposer au vendeur de racheter la cible plusieurs années après la réalisation de l'opération²³.
72. ICC France rappelle à l'Autorité que le vendeur n'est plus partie à l'entente qualifiée au moment où la transaction est mise en œuvre. Ce faisant, il est fondamental que l'Autorité considère seulement l'infraction comme continue pendant une période limitée, commençant à la signature de l'accord entre les parties et s'achevant lors de sa mise en œuvre, ce qui signifie que le point de départ de son délai de prescription devrait être

²² Article L. 462-7, II. du code de commerce.

²³ Voir l'Affaire Equarrissage avec la décision de l'Autorité adoptée 9 ans après les transactions.

fixé à la date de la clôture de l'acquisition litigieuse. Dans le cas contraire, le risque de sanction pèserait sur l'ensemble des parties, en ce compris le vendeur, ce qui compromettrait de manière significative la sécurité juridique des entreprises.

73. Par ailleurs, en ce qui concerne l'article 101 du TFUE plus spécifiquement, si l'Autorité constate qu'une opération de concentration sous les seuils est anticoncurrentielle, les accords de transfert de propriété encourront le risque de la **nullité** de plein droit qui serait totalement disproportionnée et irréalisable en pratique à nouveau si elle intervient des années après la réalisation de l'opération. Dans une telle hypothèse, la conséquence juridique directe ne pourrait être que la reprise de la cible par le vendeur et le remboursement du montant de la transaction (en pratique, plusieurs années après le *closing*). Il ne serait donc pas possible de revendre la cible à un tiers, à l'opposé de certains cas de *gun-jumping* en contrôle des concentrations,
74. En effet, cela pourrait entraîner de potentiels contentieux inédits devant le juge civil sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer des décisions de l'Autorité dans ces situations spécifiques, risque qui ajoute à l'insécurité juridique endémique dans le contrôle *ex-post* des concentrations.
75. **L'absence de responsabilité du vendeur** – Indépendamment du type de sanctions potentielles, ICC France considère qu'une application de l'article 101 du TFUE à une opération de concentration imposerait un risque disproportionné au vendeur. Cela supposerait qu'en pratique, le vendeur devrait obtenir une garantie de l'acquéreur en cas de risque d'amende concurrence prononcée par l'Autorité, potentiellement des années après le *closing*. Or contrairement au contrôle des concentrations, le risque concurrentiel ne peut pas être garanti par l'acquéreur dans la cadre d'une clause *hell or high water*.
76. Par conséquent, une telle sanction contre le vendeur est inadaptée et méconnaît les implications d'une opération de concentration. En effet, si le vendeur est partie à l'accord de transfert de propriété jusqu'à la réalisation de l'opération, il ne saurait être tenu par cet accord *post-closing*. En ce sens, l'acquéreur est unilatéralement responsable des comportements de la société cible ce qui, par définition, ne permettrait pas une application de l'article 101 du TFUE à quelconque comportement observé *post-closing*.
77. **Nécessité d'une grille d'analyse claire** – ICC France invite l'Autorité à fournir une grille d'analyse spécifique à l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux concentrations sous les seuils ainsi que des garanties nécessaires pour protéger le principe de sécurité juridique et faire en sorte que, dans le cas où des sanctions seraient prononcées, ces dernières n'interviennent pas dans un temps déraisonnable après la clôture de l'opération. Dans l'affaire *Towercast*, la Cour d'appel de Paris avait notamment insisté sur la nécessité pour l'Autorité de fournir une grille d'analyse précise entraînant des conséquences structurantes pour l'analyse au fond des opérations sous les seuils²⁴. Le Président de l'Autorité s'était également exprimé dans le cadre de cette affaire en faveur de l'établissement d'un « *guide d'analyse déterminant* » pour les opérateurs économiques²⁵.

²⁴ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §37.

²⁵ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §38.

78. **Une intervention ex-post encadrée par des délais raisonnables** – En particulier, ICC France estime que l’Autorité devrait encadrer ses délais d’intervention au titre des articles 101 et 102 du TFUE suite à la clôture d’une opération sous les seuils, afin de garantir davantage de sécurité juridique aux entreprises. L’action de l’Autorité doit nécessairement être limitée, au risque d’altérer l’équilibre instauré par le législateur européen entre contrôle *ex-ante* et contrôle *ex-post* pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. La CJUE le rappelle d’ailleurs dans l’affaire *Towercast*, en soulignant qu’une opération de concentration susceptible d’entraver la concurrence doit être analysée en priorité par les dispositions du contrôle des concentrations²⁶.
79. L’Avocat général Emiliou dans l’affaire *Illumina/Grail* avait rappelé que si les autorités de concurrence peuvent analyser des opérations de concentration susceptibles de poser des problèmes de concurrence, elles se devaient « *de limiter, pour des raisons de sécurité juridique et dans l’intérêt des entreprises concernées, la durée des procédures de vérification des opérations* »²⁷, ce qui s’appliquait tant pour la Commission que pour les ANC.

1.2.4. Remarques conclusives sur l’Option 3

80. ICC France conclut qu’il est préférable de s’en tenir à l’état du droit existant en privilégiant l’Option 3 d’un contrôle ex-post des opérations sous les seuils au titre des pratiques anticoncurrentielles, sous réserve d’un encadrement strict des conditions de mise en œuvre et d’une utilisation uniquement en dernier ressort.
81. ICC France note qu’il serait préférable, par souci de protection du principe de sécurité juridique, de permettre aux entreprises de notifier volontairement une opération sous les seuils lorsque cette dernière présente un risque sérieux au regard des articles 101 et 102 du TFUE. Cela pourrait prendre la forme d’une procédure spécifique distincte des mécanismes de confort déjà existants pour les articles 101 et 102 du TFUE.

3 Conclusion et recommandations générales

82. ICC France considère que la mise en place de nouveaux outils, soit par un pouvoir d’évocation (Option 1), soit par l’introduction de seuils intermédiaires (Option 2) est disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis et entraînerait des conséquences néfastes sur la sécurité juridique garantie aux entreprises. Si modification de l’état du droit il devait y avoir, ICC France estime que l’introduction d’un seuil en valeur de transaction selon l’exemple allemand serait plus adaptée car plus objectif dans une certaine mesure.
83. ICC France réitère cependant son souhait de conserver et privilégier le régime juridique existant tel qu’il est mis en œuvre par l’Autorité aujourd’hui (Option 3), sous réserve de l’adoption d’un encadrement strict spécifique. La CJUE avait notamment confirmé dans l’arrêt *Towercast* que l’Autorité dispose déjà de pouvoirs suffisants en matière de contrôle *ex-post* des opérations de concentration au titre des articles 101 et 102 du TFUE, de sorte que les principaux efforts de l’Autorité devraient porter sur la clarification de ce régime actuellement empreint de nombreuses incertitudes et d’insécurité juridique.

²⁶ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21 *Towercast*, §40.

²⁷ Conclusion de l’Avocat général Nicholas Emiliou, 21 mars 2024, *Illumina et Grail c. Commission*, §196.

En résumé, ICC France fournit à l'Autorité les recommandations ci-dessous :

- ICC France estime que **la création des nouveaux instruments** tels que mentionnés dans les Options 1 et 2 est **inadaptée** à l'analyse d'opération de concentrations sous les seuils.
- ICC France invite l'Autorité à **privilégier l'Option 3** en maintenant le droit dans son état existant **sous réserve de l'adoption de lignes directrices** encadrant précisément et clairement (i) le fond (notamment le standard de preuve), (ii) les procédures relatives à l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux fusions/acquisitions et en particulier le délai d'intervention de l'Autorité après la clôture de l'opération et (iii) les sanctions potentielles.

ICC France insiste sur la nécessité d'encadrer et limiter le recours à toute forme d'intervention *ex-post* de l'Autorité qui doit rester une « *solution de second choix* » et ne doit intervenir que de manière subsidiaire et exceptionnelle, comme le rappelle à juste titre l'Avocat général Emiliou dans l'affaire *Illumina/Grail*²⁸. En outre, l'usage de l'article 102 du TFUE doit être favorisé par rapport à celui de l'article 101 du TFUE qui demeure inadapté aux opérations de concentration sous les seuils.

- A défaut, si l'Autorité souhaite tout de même introduire un nouvel instrument, ICC France estime que **des seuils en valeur de transaction seraient plus adaptés** à la revue d'opérations de concentration sous les seuils car ils garantiraient une plus grande sécurité juridique aux entreprises.
- Toutefois, si malgré les réserves précédemment évoquées l'Autorité souhaite mettre en place un système de pouvoir d'évocation tel que précisé dans l'**Option 1**, ICC France recommande à l'Autorité :
 - de conditionner ce pouvoir d'évocation par des seuils de chiffre d'affaires cumulés et individuels en France afin de veiller à garantir un lien suffisant avec le pays et éviter l'évocation d'opérations sans lien avec le territoire français ;
 - d'ajouter un critère d'atteinte à la concurrence qui devrait être objectivé par un seuil de menace afin de définir un cadre précis et ainsi limiter le champ de l'action de l'Autorité. ICC France invite à cet égard l'Autorité à s'inspirer des régimes des autres Etats-membres de l'EEE qui ont intégré des scénarios préétablis. A titre d'exemple, l'Autorité pourrait utiliser ses pouvoirs d'évocation pour contrôler une opération à faible montant qui concernerait l'acquisition d'un concurrent ou d'un nouvel entrant par une entreprise dominante sur un marché concentré ;
 - de délimiter cet hypothétique pouvoir d'évocation par un point de départ clairement défini, au plus tard à la date du *closing*, et dans un délai court, aligné sur le délai le plus court des autres Etats membres (*i.e.*, 60 jours à compter de la date du *closing*).

²⁸ Conclusion de l'Avocat général Nicholas Emiliou, 21 mars 2024, *Illumina et Grail c. Commission*, §228.