

**Consultation publique 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
Observations de Linklaters¹**

Observations générales

1. L'opportunité de commenter l'introduction d'un éventuel système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur doit être accueillie favorablement.
2. D'emblée, il convient de noter que les concentrations inférieures aux seuils et susceptibles de nuire à la concurrence renvoient à la question de l'« *enforcement gap* » selon laquelle, pour l'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** »), les seuils actuels ne permettraient pas de capturer l'ensemble des transactions qui nécessiteraient d'être examinées. Ce qui est plus particulièrement en jeu, ce sont les « *acquisitions prédatrices* » (« *killer acquisitions* »), c'est-à-dire les acquisitions par des entreprises dominantes d'entreprises innovantes ayant des chiffres d'affaires en deçà des seuils. De telles acquisitions empêcheraient ces entreprises innovantes de se développer par elles-mêmes, potentiellement au détriment de la concurrence et, en définitive, des consommateurs.
3. Il s'agit d'un sujet déjà ancien qui a donné lieu à des réflexions et débats portant notamment sur le contrôle des participations minoritaires ou l'introduction de seuils basés sur la valeur des transactions ou à travers des parts de marché comme en Espagne ou au Portugal. Ces différentes pistes ont finalement été abandonnées. L'Autorité mentionne à juste titre la première consultation sur la question de l'introduction d'un mécanisme de contrôle ciblé des opérations de concentrations sous les seuils de notification, qui s'est déroulée en juin 2018.
4. Les enjeux de cette consultation doivent également tenir compte des enseignements tirés de quatre années de mise en œuvre de la nouvelle interprétation de l'article 22 par la Commission européenne (la « **Commission** »), de septembre 2020 jusqu'à l'arrêt *Illumina / Grail* de la Cour de justice en septembre 2024². Il en ressort qu'il y a finalement eu peu de cas, la Commission n'ayant été saisie que de quatre affaires. Cependant, même s'il s'agit d'un volume relativement limité, l'impact a néanmoins été significatif pour les entreprises concernées. En effet, les trois affaires qui ont fait l'objet d'une analyse approfondie par la Commission ont finalement été soit interdites³, soit abandonnées parce que la Commission était sur le point de les interdire⁴. Dans le quatrième cas, les demandes de renvois ont été retirées par les États membres avant que la Commission ne puisse procéder à une analyse, de sorte que le résultat final reste inconnu⁵. Malgré les orientations de la Commission, la potentialité d'un tel renvoi n'a pas été jugée suffisamment prévisible par les entreprises et a globalement généré une forte incertitude juridique. En raison de l'impact majeur qu'un renvoi est susceptible d'avoir sur le calendrier et la mise en œuvre d'une transaction, il est devenu impératif pour les parties d'envisager systématiquement le risque d'un tel renvoi.

¹ Ces observations sont pour partie le résultat de discussions avec l'Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC), des confrères et des clients ainsi que des commentaires reçus de leur part.

² C-611/22, 3 septembre 2024, *Illumina/Grail*.

³ M.10188, *Illumina/Grail*.

⁴ M.11212, *Qualcomm/Autotalks* ; M.11241, *EEX/Nasdaq Power*.

⁵ M.11671, *Microsoft/Inflection*. Ces retraits sont intervenus à la suite de l'arrêt *Illumina/Grail* précité.

5. Cela dit, les seuils français actuels établissent déjà un équilibre entre la nécessité d'examiner les concentrations potentiellement les plus problématiques et la charge administrative que représente le traitement d'une notification tant pour l'Autorité que pour les parties. Le relèvement des seuils de chiffres d'affaires français attendu dans les prochains mois à la demande de l'Autorité montre que cet équilibre doit être actualisé, mais son principe n'est pas remis en cause.
6. A ce stade, il convient de citer la Cour de justice pour qui la nouvelle interprétation de l'article 22 par la Commission « *compromet[ait] l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration* »⁶. Des seuils exprimés en chiffres d'affaires répondent parfaitement à ces objectifs.
7. Il est donc important que toute révision qui serait adoptée ne compromettent pas la prévisibilité et la sécurité juridique de l'actuel régime français en essayant de contrôler ce qui ne représentera probablement qu'un nombre limité de cas problématiques. Comme l'a déclaré Margrethe Vestager, « *[w]hat is needed is the ability to find that one fish in the pond that could be problematic, and to catch it in a way that is proportionate to the problem* », ajoutant que « *[t]here are several ways to allow the Commission to find the right fish. None of them, however, seems optimal at this stage* »⁷.

Option 1 : Un pouvoir d'évocation de l'Autorité sur la base de critères quantitatif et qualitatif

8. Par nature, un pouvoir d'évocation trop discrétionnaire irait à l'encontre de la notion de sécurité juridique. Dans la mesure où ce mécanisme serait adopté, un tel pouvoir doit être limité par des critères clairs et objectifs, mais aussi, et plus encore peut-être, par des limites procédurales afin de réduire autant que possible l'incertitude générée, comme l'a d'ailleurs suggéré l'Autorité.
9. **Un seuil en chiffre d'affaires qui soit adapté.** Un seuil en chiffres d'affaires ne répondrait que partiellement à cet objectif.
10. Tout d'abord, l'Autorité suggère un seuil basé sur le chiffre d'affaires cumulé des parties en France. Cela reviendrait à un système similaire ou presque à ce qui est en place dans cinq des dix juridictions de l'Espace Economique Européen (« **EEE** ») qui disposent déjà d'un pouvoir d'évocation :
 - Danemark : chiffre d'affaires cumulé de 6,7 millions d'euros ;
 - Hongrie : chiffre d'affaires cumulé de 12,6 millions d'euros ;
 - Islande : chiffre d'affaires (mondial) cumulé de 9,9 millions d'euros ;
 - Italie : chiffre d'affaires cumulé de 567 millions d'euros ou chiffres d'affaires de 32 millions d'euros pour au moins deux parties ; et
 - Suède : chiffre d'affaires cumulé de 87,1 millions d'euros.
11. Toutefois, il apparaît plus raisonnable que ce seuil soit basé sur les chiffres d'affaires réalisés en France par chacune des parties, et non sur leurs chiffres d'affaires cumulés, comme c'est le cas en Italie même si, pour cette juridiction, cela vient en plus du chiffre d'affaires cumulé (cf. le paragraphe ci-dessus).
12. Pour les entreprises dont le chiffre d'affaires en France est très élevé, en particulier les entreprises de taille mondiale, toute transaction pourrait déclencher l'application du seuil même si la cible ne

⁶ C-611/22, 3 septembre 2024, Illumina/Grail, §206.

⁷ M. Vestager, 28^e conférence annuelle sur la concurrence de l'International Bar Association, 6 septembre 2024.

génère pas un montant minimal de revenus, ou de revenus prévus dans un avenir proche sur la base de son plan d'affaires, en France. Il en résulterait que des opérations n'ayant qu'un lien très limité ou inexistant avec la France pourraient faire l'objet d'une procédure d'évocation. Même en Allemagne, où le seuil en valeur de transaction a été introduit, il est exigé que l'entreprise qui n'a pas (ou très peu) de chiffre d'affaires local y réalise tout même des activités « *substantielles* ».

13. Ensuite, le fait de réaliser un chiffre d'affaires important en France ne reflète pas nécessairement une position dominante, car tout dépend de la taille et de la structure du marché.
14. **L'exigence d'un *local nexus*.** Une façon de pallier l'étendue excessive d'un seuil basé uniquement sur le chiffre d'affaires cumulé des parties en France consisterait à adopter un *local nexus* avec une définition claire et précise. Bien que la tentation puisse exister de définir cette notion de *local nexus* de manière large pour donner à l'Autorité une flexibilité maximale, cela réduirait considérablement la prévisibilité quant au caractère notifiable d'une concentration. Cette notion ne doit donc pas être plus large que ce qui est strictement nécessaire pour identifier les opérations potentiellement problématiques du point de vue du droit de la concurrence.
15. **Consultation de l'Autorité.** La possibilité de se rapprocher de l'Autorité, comme cela est suggéré, est en effet nécessaire et devra être possible dans les mêmes conditions que pour la notification d'une concentration, c'est-à-dire lorsque les parties ont un projet suffisamment avancé. Pour être efficace, cette possibilité doit donner de la sécurité juridique quant à la question de savoir si l'Autorité exigera ou non la notification d'une concentration, ceci dans un délai rapide et bien défini (idéalement exprimé en jours ouvrables). L'Autorité devra indiquer le niveau d'information nécessaire pour se prononcer, sans requêtes excessives ou inutiles.
16. **Calendrier.** Enfin, le pouvoir d'évocation doit être limité dans le temps. Cette limitation doit être double :
 - dans le cas où la consultation de l'Autorité aboutit à la décision de ne pas évoquer la transaction, elle doit être donnée dans un court délai (comme mentionné ci-dessus) et, plus important encore, doit impliquer que l'Autorité s'abstiendrait également à l'avenir d'appliquer les articles 101 ou 102 du TFUE à l'affaire (voir l'Option 3 ci-dessous) ; ou
 - en l'absence de consultation, le pouvoir d'évocation doit être limitée à quelques mois, voire quelques semaines, après la réalisation de la concentration (« **closing** »), comme cela est le cas dans sept des dix juridictions qui ont mis en place un pouvoir d'évocation dans l'EEE :
 - Hongrie : 6 mois après le *closing* ;
 - Ireland : 60 jours ouvrés après le *closing* ;
 - Islande : 15 jours ouvrés après le *closing* ;
 - Italie : 6 mois après le *closing* ;
 - Lettonie : 12 mois après le *closing* ;
 - Lituanie : 12 mois après le *closing* ; et
 - Norvège : 3 mois après le *closing*.

En effet, les opérations les plus importantes (et donc les plus susceptibles de nuire à la concurrence) sont bien documentées dans la presse économique, et il appartient à l'Autorité de procéder à sa propre veille du marché.

17. Cette limitation dans le temps est d'autant plus importante que l'intégration d'une cible commence généralement immédiatement après le *closing*. Si l'Autorité devait finalement interdire la concentration, la re-cession de la cible plusieurs mois après le *closing* soulèverait d'évidentes difficultés pratiques (voir également s'agissant de l'Option 3 ci-dessous), en plus de fragiliser la cible sur le marché, ce qui irait à l'encontre de l'objectif poursuivi au titre du droit de la concurrence.

Option 2 : Un nouveau seuil de notification obligatoire fondé sur l'existence d'une décision antérieure de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne

- (i) d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations, ou
 - (ii) de sanction ou d'engagements en pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du code de commerce, ou
 - (iii) lorsqu'une des parties à la concentration a été désignée contrôleur d'accès par la Commission européenne en vertu du règlement européen sur les marchés numériques (DMA)
18. **Absence de lien immédiat entre des futures concentrations et les cas envisagés par les Options 2 (i) et 2 (ii).** En ce qui concerne les critères (i) et (ii), il n'y a pas, à première vue, nécessairement de lien entre une concentration interdite ou avec engagements ou une décision de sanction/engagement pour abus de position dominante d'une part, et une nouvelle opération de concentration ultérieure qui se situerait en dessous des seuils d'autre part. Ces critères introduiraient également un traitement discriminatoire et sans limite de temps entre les entreprises qui ont fait l'objet d'une telle décision de concentration ou d'abus et les autres, sans que cela ne paraisse clairement justifié.
19. En outre, les décisions d'interdiction de concentrations sont rares car les parties confrontées à ce risque ont tendance à retirer leur notification et à renoncer à leur opération⁸. Cette tendance s'accroîtra si l'Option 2 (i) était retenue.
20. En ce qui concerne le critère de la position dominante, il convient de noter qu'en Suisse, pays dont l'Autorité indique s'être inspirée pour cette Option 2 (ii), ce n'est pas à proprement parler un abus qui est retenu, mais plutôt le fait qu'une entreprise ait été identifiée comme détenant une position dominante. En outre, ce seuil suisse ne s'applique qu'aux concentrations sur le même marché ou sur un marché voisin, amont ou aval.
21. **Le contre-exemple belge.** Il convient d'observer que l'autorité belge de la concurrence (l'« **ABC** ») a récemment ouvert une enquête sur le fondement de l'article 101 du TFUE.⁹ Cette affaire illustre parfaitement les raisons pour lesquelles les Options 2 (i) et (ii) ont peu de chances de fonctionner correctement.
22. En effet les parties dans cette affaire :
- ont été condamnées par l'ABC en 2013 pour entente et non pour abus de position dominante ; et

⁸ Voir par exemple Autorité, communiqué de presse du 22 septembre 2022, « *TF1/M6 : l'Autorité de la concurrence prend acte de la décision de Bouygues de retirer son projet d'acquisition* ».

⁹ ABC, communiqué de presse n°3/2005 du 22 janvier 2025, « *L'Autorité belge de la Concurrence ouvre une instruction préalable concernant de possibles effets anticoncurrentiels pouvant résulter du rachat par Dossche Mills des activités commerciales artisanales de Ceres dans le secteur de la farine* ».

- ont déjà tenté de procéder à cette transaction en 2019 (bien qu'avec un périmètre d'activités de la cible plus large de sorte que les seuils belges en chiffres d'affaires étaient alors atteints) mais, face à une interdiction probable de la part de l'ABC, la notification avait été retirée, ce qui a conduit à une absence de décision d'interdiction et l'abandon de la transaction.
23. **Un champ d'application trop large et des obligations qui se recouvrent avec l'Option (iii).** De même, le critère (iii) semble inadéquat pour plusieurs raisons.
24. Premièrement, il ne paraît pas justifié d'exiger des entreprises désignées comme contrôleur d'accès (« *gatekeepers* ») dans le cadre du DMA qu'elles notifient à l'Autorité l'ensemble de leurs transactions. La grande majorité d'entre elles n'auront aucun lien avec la France, et nombre d'entre elles pourraient ne pas avoir à être notifiées de tout. Il serait donc nécessaire *a minima* que ce critère intègre une notion de *local nexus* défini de manière précise (comme indiqué ci-dessus, cf. Option 1).
25. Deuxièmement, les *gatekeepers* disposent également d'un portefeuille diversifié d'activités. Une concentration donnée pourrait n'avoir aucun rapport avec le service de plateforme de base pour lequel une entreprise a été désignée *gatekeeper*.
26. Troisièmement, le fait de demander aux *gatekeepers* de notifier leurs transactions à l'Autorité ferait également double emploi, et serait donc inutile, avec l'information qui doit être faite de ces transactions à la Commission suivant l'article 14(a) du DMA. Celles-ci sont définies de manière suffisamment large pour que l'ensemble des concentrations réalisées par les *gatekeepers* soient concernées. De plus, dans la mesure où aucune exigence de *local nexus* n'est prévue, les *gatekeepers* doivent informer la Commission même lorsque ces transactions ne présentent aucun aspect européen. En définitive, cela ne pose pas de réelle difficulté dès lors qu'il ne s'agit que d'une information ne donnant pas nécessairement lieu à notification, alors que, selon l'Option 2 (iii), il ressort que cette notification serait obligatoire.
27. Enfin, l'article 14(a) du DMA restreint cette obligation d'information aux concentrations dans lesquelles le *gatekeeper* est l'acquéreur. La proposition de l'Autorité semble viser les opérations où le *gatekeeper* est indistinctement acquéreur ou vendeur. Si la difficulté identifiée avec *gatekeepers* concerne leur pouvoir de marché, l'obligation de notifier leurs cessions semble injustifiée.

Option 3 : Limiter l'intervention possible de l'Autorité à la mise en œuvre des dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles (entente, abus de position dominante) postérieurement à la réalisation des opérations de concentration concernées

28. Comme mentionné par l'Autorité, l'application de l'article 102 du TFUE a été confirmée par la jurisprudence Towercast de la Cour de justice et de la Cour d'appel de Paris¹⁰. Par ailleurs, l'Autorité a déjà appliqué l'article 101 du TFUE à une concentration selon le même raisonnement juridique que dans la jurisprudence Towercast, dans sa décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage¹¹.
29. De fait, les pouvoirs de l'Autorité sont donc suffisamment étendus pour examiner des concentrations même après *closing*. En tout état de cause, ces pouvoirs ne doivent être utilisés que dans des circonstances exceptionnelles. Sur ce point, Juliane Kokott a indiqué que l'utilisation de l'article 102

¹⁰ C-449/21, 16 mars 2023, Towercast et arrêt 20/04300 de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2024.

¹¹ Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

du TFUE par les États membres pour examiner des concentrations devrait rester d'une « *absolue exception* »¹².

30. **Clarification du test juridique de l'article 102 du TFUE.** Selon la jurisprudence Towercast, l'Autorité ne peut agir que si l'acquéreur est déjà en position dominante avant l'opération et sur le même marché que celle-ci. Elle précise également que le niveau de concentration résultant de l'opération devrait « *entrav[er] substantiellement la concurrence* » sur le marché pour être sanctionné¹³. Le test juridique est donc plus élevé que pour l'application habituelle de l'article 102 du TFUE et devrait être appliqué en conséquence par l'Autorité.
31. Incidemment, il convient également de noter que l'Autorité peut utiliser l'article L.430-9 du code de commerce qui donne la possibilité de modifier ou même de dénouer une concentration qui aurait facilité un abus de position dominante. Cela doit également être vu comme un outil rendant le recours à l'article 102 du TFUE moins justifiable.
32. **Inadéquation de l'article 101 du TFUE**¹⁴. En ce qui concerne l'article 101 du TFUE, de nombreuses questions sont soulevées quant à son adéquation avec l'examen de changements structurels sur un marché, par opposition à des simples pratiques anticoncurrentielles. Bien que la plupart des concentrations prennent la forme d'un contrat entre les parties, constituant ainsi un accord relevant de l'article 101 du TFUE, un simple acte d'achat et de vente entre entreprises ne devrait pas être considéré comme anticoncurrentiel par objet. S'il était considéré comme tel, cela impliquerait en réalité l'existence d'un autre accord, distinct de l'acte d'achat et de vente. C'est ce qu'a examiné l'Autorité dans la décision 24-D-05 précitée, où l'Autorité a vérifié si la concentration était assimilable à un partage de marché, anticoncurrentiel par objet, pour conclure que ce n'était pas le cas en l'espèce¹⁵.
33. En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels, là encore l'impact d'une transaction sur le marché est de nature structurelle et non comportementale. La transaction elle-même est neutre : l'impact effectif sur le marché sera postérieur à la transaction et résultera du comportement unilatéral du l'acquéreur.
34. **La procédure des articles 101 et 102 du TFUE n'est pas adaptée.** D'un point de vue procédural, l'application des articles 101 ou 102 du TFUE soulève de nombreuses questions.
35. L'expérience montre que la durée de la procédure est beaucoup plus longue que celle d'un examen au titre du contrôle des concentrations (y compris en tenant compte de la phase de pré-notification), ce qui n'est pas adapté à la vie des affaires et à la nature d'une opération de concentration.
36. La question de la prescription se pose également, car l'Autorité pourrait agir au minimum pendant cinq ans à compter du *closing*, voire dix ans en cas d'enquête, et potentiellement aussi longtemps que l'effet anticoncurrentiel de la transaction, s'il y en a un, perdurerait, car le délai de prescription ne peut commencer à courir qu'à partir du moment où la pratique anticoncurrentielle a pris fin.
37. **Les sanctions semblent inadéquates.** En premier lieu, les amendes ont un but punitif, qui n'existe pas en contrôle des concentrations, hormis les cas de *gun-jumping*. Par conséquent, il ne serait pas

¹² Competition Merger Brief 3/2024, Octobre 2024, Celebrating '20 Years that Made a Difference' of the EU Merger Regulation.

¹³ C-449/21, 16 mars 2023, Towercast, §52.

¹⁴ Sur cette inadéquation, voir les commentaires dans l'article de Anne Wachsmann, Nicolas Zacharie, *Towercast and article 101 TFUE: mirage or reality? Lessons to learn from the first case before the French competition authority 24-D-05 of 2 May 2024*, Journal of European Competition Law & Practice, 2025, Ipa079.

¹⁵ Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, notamment le §157.

approprié d'imposer des amendes à l'acheteur, et plus encore au vendeur si l'article 101 du TFUE était appliqué.

38. En second lieu, des remèdes pourraient éventuellement être mis en œuvre, si l'acheteur a la possibilité de recéder tout ou partie de la cible à un tiers. Cependant, si aucune cession n'est envisageable, l'accord réalisant la transaction devrait être considéré comme anticoncurrentiel et donc nul de plein droit en vertu de l'article 101, paragraphe 2, du TFUE et de l'article L.420-3 du code de commerce. Cela soulèverait une question pratique : un acheteur tiers serait-il disposé à acquérir la cible sans être certain que l'acquéreur cédant en est bien le propriétaire légal ? De telles conséquences, qui ne peuvent être évitées d'un point de vue juridique, méritent une réflexion approfondie.

* * *