

# **CONCENTRATIONS SOUS LES SEUILS**

## **RÉPONSE DU MEDEF À LA CONSULTATION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

## Réponse du MEDEF à la consultation de l'Autorité de la concurrence

### Concentrations sous les seuils

L'Autorité a ouvert une 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 (ci-après, les Concentrations sous les seuils).

L'Autorité invite les parties à présenter leurs observations sur trois options :

- **Option 1** : un pouvoir d'évocation de l'Autorité sur la base de critères quantitatifs et qualitatifs,
- **Option 2** : une nouvelle obligation de notification pesant sur les entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché,
- **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.

Cette consultation s'inscrit dans le prolongement d'une première consultation en **2017** qui avait notamment conduit l'Autorité à écarter l'introduction de seuils calculés en parts de marché ou en valeur de transaction.

En **2018**, en réponse à une nouvelle consultation de l'Autorité sur l'introduction d'un contrôle *ex post* des concentrations, le MEDEF avait indiqué que cette option ne faisait pas consensus en son sein, mais que la majorité des membres qui avaient contribué à ces travaux y étaient opposés et exprimaient de vives réserves et préoccupations sur le principe même d'un tel contrôle et subsidiairement, sur sa mise en œuvre.

En **septembre 2020**, la Commission européenne annonçait un changement d'approche dans la mise en œuvre de la procédure de renvoi au titre de l'article 22 du Règlement Concentrations, invitant les autorités nationales à lui renvoyer l'examen d'opérations remplissant les critères de cet article, y compris lorsque celles-ci ne franchissent pas les seuils de notification au niveau national. Cette approche répondait notamment à une demande exprimée par la France de mobiliser de façon plus efficace l'outil de contrôle des concentrations à l'échelle européenne.

Par son **arrêt Illumina/Grail du 3 septembre 2024**, la Cour de Justice de l'Union européenne a invalidé le changement d'approche de la Commission européenne, insistant sur l'impératif de sécurité juridique du contrôle des concentrations ; la Cour souligne que l'interprétation de la Commission compromet l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration.

**Le MEDEF ne peut que souscrire à ces principes.**

**A titre liminaire, le MEDEF note que la consultation de l'Autorité porte sur les modalités d'introduction en France d'un système de contrôle des Concentrations sous les seuils, sans questionner, ni a fortiori justifier, le principe d'un tel contrôle.**

Le MEDEF ne conteste pas la préoccupation de l'Autorité d'appréhender ce type de concentrations ; il est en effet de la responsabilité des autorités de concurrence de chercher à préserver l'innovation en termes de disponibilité de cette dernière ou d'incitation à innover dans le cadre de marchés concurrentiels.

Le MEDEF estime cependant que toute modification du cadre existant de contrôle des concentrations devrait reposer sur une **analyse précise (quantitative et qualitative)** des opérations que le nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils tendrait à appréhender.

- **C'est essentiel pour apprécier l'opportunité d'introduire un nouvel outil et, le cas échéant, son efficacité et son caractère proportionné.**

Le Document de consultation ne fournit aucun élément à cet égard ; il indique seulement que depuis plusieurs années, l'Autorité constate une « **augmentation progressive des concentrations impliquant des entreprises qui jouent ou sont susceptibles de jouer un rôle concurrentiel important sur les marchés en cause mais qui échappent à tout contrôle en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires de la cible au moment de la concentration.** »

Selon les données disponibles, **de 2021 à 2024**, sur **100** opérations candidates au renvoi examinées, seulement **3** demandes ont été acceptées dans le « *nouveau* » cadre fixé par la Commission : Illumina/Grail en 2021, Qualcomm/Autotalks et Nasdaq Power en 2023 ; l'Autorité a été à l'initiative du renvoi dans les deux affaires Illumina/Grail et Qualcomm/Autotalks.<sup>1</sup>

L'Autorité devrait donc confirmer la nature et la typologie des opérations qu'elle entendrait pouvoir contrôler et fournir une estimation/un ordre de grandeur du nombre d'opérations que ces cas pourraient/devraient représenter.

- **Cette analyse conditionne également la question de savoir quel serait le meilleur niveau d'intervention, national ou européen.**

La **lettre de mission de Madame Teresa Ribera**, Commissaire en charge de la concurrence, mentionne expressément la lutte contre les acquisitions prédatrices de petites entreprises innovantes par des entreprises extra-européennes.

Plus largement, la Commission européenne entend promouvoir une nouvelle approche en matière de politique de concurrence qui devra notamment se refléter dans la manière dont sont appréciées les opérations de concentration afin que l'innovation et la résilience soient pleinement prises en compte ; une révision des lignes directrices sur les concentrations est annoncée dans la feuille de route de la Commission (*A competitiveness Compass for the EU -29.01.2025*).

La réflexion de l'Autorité devrait donc s'articuler avec les initiatives que la Commission européenne prendra en la matière.

Par ailleurs, le Document de consultation souligne que des **mécanismes similaires existent dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne**. Des mécanismes similaires à l'Option 1 existent déjà dans 10 Etats membres de l'Espace économique européen et sont envisagés dans plusieurs autres Etats membres de l'Union Européenne ; plusieurs juridictions en dehors de l'EEE disposent également de tels dispositifs. L'Option 2 s'inspire d'un mécanisme existant en Suisse.

Aucun bilan (quantitatif et qualitatif) n'est fourni quant à l'efficacité de ces textes et à leur impact.

Pour les entreprises, la multiplication des réglementations nationales, qui plus est hétérogènes, rend la mise en œuvre du contrôle des concentrations plus complexe et moins prévisible. L'introduction d'un nouveau mécanisme en France de contrôle des Concentrations sous les seuils, quel qu'il soit, complexifierait encore le contrôle des concentrations et serait susceptible d'affecter les investissements français et étrangers en France.

Par ailleurs, le risque qu'un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils produise un effet inverse à l'objectif recherché (désincitation à innover) devrait aussi être pris en compte.

Enfin, l'Autorité considère que des opérations de concentration qui nuiraient à la concurrence sont susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE (et/ou des dispositions équivalentes en droit national), postérieurement à leur réalisation et dans la limite des délais de prescription ; l'Autorité indique que cette option ne nécessite pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France.

**Le MEDEF estime donc qu'il est indispensable, avant toute décision de mise en place d'une telle procédure, d'évaluer sur la base d'une analyse précise et documentée, la proportionnalité entre le besoin existant et le coût en termes de contraintes pour les entreprises (et de moyens supplémentaires pour l'Autorité) et plus largement son impact sur l'économie.**

---

<sup>1</sup> Quelle sécurité juridique pour les opérations de concentration sous les seuils après Illumina/Grail ? E. Chantrel, BRDA 2/25

**Les observations ci-après sont formulées sous ces réserves liminaires.**

Chaque Option doit être analysée au regard des **principes essentiels pour les entreprises** que sont d'une part, l'efficacité et la proportionnalité du mécanisme (capacité du mécanisme à appréhender au plus près un nombre très restreint de Concentrations sous les seuils et donc à limiter les effets de bord pour l'ensemble des entreprises) et d'autre part, la prévisibilité du contrôle et donc la sécurité juridique des entreprises.

Dans un contexte où les politiques publiques tendent à la simplification, la charge administrative et le coût supplémentaire pour les entreprises d'un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils devraient bien évidemment être également pris en considération.

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

En réponse à la **consultation de 2018** (cf. supra), le MEDEF indiquait que si l'Autorité s'engageait dans la voie d'un contrôle *ex post*, un tel contrôle ne devrait pas pouvoir être mis en place :

- sans que le champ d'application du contrôle soit limité et strictement encadré,
- sans que l'intervention de l'Autorité soit limitée dans le temps,
- un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité devrait être complété d'un mécanisme de déclaration préalable sans effet suspensif ou, alternativement, de notification volontaire, laissé à la libre appréciation des parties.

**Le Document de consultation indique que le dispositif serait ciblé et encadré dans le temps :**

- (i) Seules seraient soumises au pouvoir d'évocation de l'Autorité les opérations de concentration qui franchissent un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France et qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire.
- (ii) L'injonction de notifier pourra être communiquée aux parties préalablement à la réalisation de l'opération et au plus tard dans un délai limité après celle-ci, en conformité avec la pratique internationale.
- (iii) Afin de préserver la sécurité juridique des entreprises, l'Autorité prévoit la publication de lignes directrices et la possibilité de se rapprocher de celle-ci en cas de doute.

Le Document de consultation ne précise pas un élément essentiel qui est le **seuil de chiffre d'affaires** qui serait retenu. Un seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties réalisé uniquement en France pèserait plus sur les acteurs français et européens, qu'extra-européens qui sont moins implantés en France. Il est probable que ce seuil de chiffre d'affaires serait franchi automatiquement par toutes les grandes entreprises implantées en France.

Dans l'hypothèse où le seul chiffre d'affaires de l'acquéreur permettrait de déclencher le pouvoir d'évocation, le contrôle reposerait en pratique, exclusivement sur ce deuxième critère. Or, la notion d'opérations qui **menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire** est source de difficultés d'interprétation et d'insécurité juridique pour les entreprises que la simple publication de lignes directrices ou la possibilité de se rapprocher de l'Autorité en cas de doute, ne permettra pas de lever entièrement.

Le MEDEF souligne par ailleurs, la nécessité d'intégrer un critère clair de rattachement de la cible (*nexus local*).

L'Autorité semble en outre se réserver la possibilité de communiquer l'injonction de notifier aux parties préalablement à la réalisation de l'opération **et** au plus tard dans un délai limité après celle-ci (en conformité avec la pratique internationale) qui n'est pas indiqué (le MEDEF estimait dans sa réponse à la consultation de 2018 qu'il ne devrait pas excéder trois mois ; un délai pose aussi la question de son terme *a quo*).

En réponse à la consultation de 2018, le MEDEF indiquait qu'un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité devrait être complété d'un mécanisme de déclaration préalable sans effet suspensif ou, alternativement, de notification volontaire laissée à la libre appréciation des parties. Il s'agissait ainsi de permettre aux entreprises de disposer d'une sécurité juridique dans le cadre de la réalisation effective de leur opération. L'Autorité ne disposerait d'un pouvoir d'évocation *ex post* que sur les opérations qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire qui ne lui auraient pas été volontairement soumises. Ce pouvoir d'évocation *ex post* devrait reposer sur les mêmes principes que ceux conduisant les entreprises à procéder à une auto-évaluation de leur opération.

**Le Document de consultation ne fournit donc pas les informations nécessaires pour permettre de lever les préventions sur un mécanisme *ex post* qui serait source d'insécurité juridique et de coûts pour les entreprises, sans être assuré qu'il atteindrait sa cible (qui n'est pas suffisamment définie et étayée dans le Document de consultation de l'Autorité).**

**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)**

La notification d'une opération de concentration est une contrainte lourde pour les entreprises.

La création d'un nouveau cas de notification obligatoire, par principe contraire à la volonté de simplifier le contrôle des concentrations, ne devrait donc pouvoir être envisagée que de manière ciblée avec l'assurance que les opérations des entreprises qui seraient soumises à cette obligation présentent des risques avérés d'atteinte à la concurrence et soient, par construction, en nombre limité.

- (i) **Une décision d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations, ou**
- (ii) **Une décision de sanction ou d'engagements en pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du code de commerce.**

Une décision d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations ou une décision de sanction ou d'engagements sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante repose sur une **analyse au cas par cas** (acquisition, création d'une entreprise commune, qualification d'un comportement sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante, ...) qui ne permet pas d'extrapoler/ de présumer que les opérations à venir de ces entreprises pourraient soulever des difficultés au regard du droit de la concurrence.

Si on prend l'exemple de la première décision d'interdiction prononcée par l'Autorité de la concurrence en 2020, elle était motivée par le fait qu'elle aurait entraîné la constitution d'un duopole entre les enseignes d'hypermarché Carrefour et E. Leclerc dans l'agglomération troyenne, facilitant la mise en place d'un comportement de coordination tacite dans la zone de chalandise concernée. Il s'agit d'une problématique au niveau local très éloignée de l'objectif que semble poursuivre l'Autorité.

La deuxième hypothèse présenterait l'écueil supplémentaire de mélanger le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles qui relèvent de règles et d'objectifs différents, ce qui brouillerait encore plus les lignes entre ces deux pans du droit de la concurrence.

De plus, la **mise en œuvre d'un tel mécanisme** serait éminemment **complexe** ; elle nécessiterait un ciblage du contrôle sur le territoire national concerné par les précédents (même territoire, mêmes activités). Elle nécessiterait un critère temps ; l'Autorité considère qu'il n'est pas nécessaire que la décision soit purgée de tout recours (contrairement au mécanisme Suisse qui exige que la décision soit définitive) ce qui pose une question de principe et au-delà, des difficultés majeures, eu égard au caractère irréversible des mesures qui peuvent être prises dans le cadre du contrôle des concentrations. Elle poserait également des questions de détermination de la personne qui serait soumise à cette obligation dans le cas notamment de groupes de sociétés, de création d'entreprises communes, ...

(iii) **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)**

Ce troisième cas de notification serait ciblé sur des acteurs (contrôleurs d'accès), des services (services de plateforme essentiels) et des problématiques identifiées par les autorités de concurrence. Sa mise en œuvre serait simplifiée ; les autorités pourraient notamment s'appuyer sur l'article 14 du Digital Markets Act (DMA) qui impose aux contrôleurs d'accès une obligation d'information de la Commission sur leurs concentrations lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de la concentration fournissent des services de plateforme essentiels ou d'autres services dans le secteur numérique, ou permettent la collecte de données.

Cette option pourrait le cas échéant être approfondie sur la base d'une analyse précise des cas qui mériteraient d'être appréhendés et dans le cadre d'une réflexion plus globale au niveau européen, s'agissant d'un Règlement européen dont la mise en œuvre relève de la Commission européenne.

**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**

L'Autorité considère que des opérations de concentration qui nuiraient à la concurrence sont susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement des articles 101 et 102 du TFUE et/ou des dispositions équivalentes en droit national, postérieurement à leur réalisation et dans la limite des délais de prescription. A la différence des deux options précédentes, celle-ci ne nécessite pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France.

L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à une opération de concentration n'est pas satisfaisante ; elle s'inscrit dans le cadre de procédures longues, complexes et coûteuses et expose les entreprises à des sanctions lourdes après la réalisation d'une opération de concentrations allant jusqu'à des mesures structurelles, dans le délai de prescription en matière de pratiques anticoncurrentielles.

S'agissant de textes qui s'appliquent *ex post*, en concurrence avec les règles sur le contrôle des concentrations, il est indispensable que les entreprises aient de la lisibilité et de la visibilité sur la façon dont l'Autorité entend faire application de ces dispositions en matière de concentrations.

Des lignes directrices sont attendues par les entreprises ; elles devraient notamment préciser dans quels cas l'Autorité envisage de faire application de ces textes, l'analyse concurrentielle et l'articulation de ces dispositions avec les règles du contrôle des concentrations, le cas échéant complétées par un nouveau mécanisme. Si un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils était introduit, il devrait, en toute logique, primer sur le recours au droit des pratiques anticoncurrentielles et rendre le recours à ce dernier, très résiduel, voire obsolète.

**Pour conclure :**

L'introduction d'un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils, quel qu'il soit, serait une source de complexité supplémentaire pour les entreprises. Toute réforme qui serait envisagée nécessite de prendre en compte le nombre très limité d'opérations qu'il conviendrait d'appréhender ; ceci est particulièrement important dans le contexte économique et géopolitique actuel.

Le MEDEF appelle à une réflexion approfondie qui intègre le niveau européen pour trouver une solution satisfaisante à ces questions.

Toute nouvelle initiative en France devrait être pensée et articulée avec les décisions qui seront prises au niveau européen pour lutter contre les acquisitions prédatrices de petites entreprises innovantes par des entreprises extra-européennes et plus largement, réformer le contrôle des concentrations au bénéfice de l'innovation et des grands enjeux stratégiques de l'Union européenne.

Elle devrait également être appréhendée dans un cadre plus large qui intègre d'autres instruments parmi lesquels le contrôle des investissements étrangers et la réglementation européenne sur les subventions étrangères.

\*\*\*\*\*