

# REPONSE DE L'AFEC AU TITRE DE LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR L'INTRODUCTION D'UN SYSTEME DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS POUR LES OPERATIONS NE FRANCHISSANT PAS LES SEUILS DE NOTIFICATION

## INTRODUCTION

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (« **AFEC** ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

Les observations ci-dessous du groupe de travail ad hoc<sup>1</sup> établi par l'AFEC pour répondre à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence (« **Autorité** ») sur l'introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations ne franchissant pas les seuils de notification n'engagent pas les membres de cette association à titre individuel mais constituent une synthèse des opinions diverses échangées lors des travaux de ce groupe de travail.

Le présent document réunit les observations succinctes du Groupe de travail au regard du court délai de consultation. Le document servant de base à la consultation propose des hypothèses dans des termes extrêmement généraux. A ce titre, l'absence de précision sur les détails de la potentielle réforme *in fine* susceptible d'être mise en œuvre ne permet pas à l'AFEC de formuler des recommandations plus précises. Le présent document se bornera donc à proposer une approche générale sur différents critères qui pourraient être retenus dans le cadre de l'éventuelle réforme.

L'AFEC est bien évidemment à la disposition de l'Autorité afin d'échanger, plus en détail, sur les options envisagées, et notamment pour formuler d'éventuelles suggestions de modifications rédactionnelles des textes existants dans une optique constructive.

\* \* \*

---

<sup>1</sup> Le Groupe de travail était coordonné par Mathilde Boudou, Vincent Lorieul et Gabriel LLuch et composé de Michel Ponsard, Jeremy Bernard, Maud Boukhris, Helene Bourguignon, Étienne Chantrel, M. Scholet, Louise Denoyes, M. Filippi, Thomas Francia, Anthony Gioe' de Stefano, Roxane Hicheri, Lina Kefi, Jeremy Macrae, Romain Maulin, Anahit Melkonyan, Michel Pflieger, Denis Redon, Coline Rigoigne, Laure Schulz & Faustine Viala

L'Autorité indique en introduction de sa consultation publique qu'elle aurait fait le constat d'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* » dès lors qu'elles ne sont pas soumises à une notification préalable en application de l'article L. 430-2 du code de commerce.

Ce constat n'est pour autant pas égal au constat d'une augmentation des concentrations susceptibles **d'effectivement porter atteinte** à la concurrence, lesquelles sont les seules à pouvoir être interdites au titre du contrôle des concentrations.

Les seuils de notification actuellement prévus par l'article L. 430-2 du code de commerce permettent d'ores et déjà de contrôler un très grand nombre d'opérations, au point qu'une augmentation de ces seuils a été, à la demande de l'Autorité, adoptée par le Sénat en première lecture avant la dissolution de l'Assemblée nationale le 9 mai 2024 par le législateur et reste manifestement d'actualité<sup>2</sup>.

À l'instar de ce qui est observé dans d'autres Etats, un « *nouveau* » contrôle (que ce soit via l'Option 1 ou 2 présentée dans la consultation publique de l'Autorité) n'aurait *a priori* vocation qu'à couvrir un nombre très limité d'opérations.

Afin de juger de la pertinence des options proposées dans cette consultation, il serait en outre nécessaire de pouvoir procéder à une étude d'impact approfondie et, *in fine*, un arbitrage fin entre leurs potentiels effets positifs et négatifs.

Les effets positifs consistent ainsi à permettre à l'Autorité de bloquer et/ou de conditionner à de sérieux remèdes des opérations qui seraient susceptibles de poser de réels problèmes de concurrence.

Les effets négatifs incluent les coûts administratifs de procédures supplémentaires (pour l'Autorité et pour les entreprises), les incertitudes juridiques induites ainsi que des impacts potentiels sur le dynamisme économique, notamment :

- Étendre le champ des contrôles présente un risque de rendre les conditions de réalisation des transactions beaucoup plus complexes et incertaines ce qui, mécaniquement, pourrait avoir un impact négatif en termes d'innovation. Par exemple, certaines start-ups ont comme *business model* de développer une certaine technologie afin de se faire acheter par une entreprise plus importante mieux placée pour commercialiser cette technologie. Un élargissement du champ du contrôle des concentrations risque de réduire l'incitation des entreprises pour ce type d'opérations, ce qui aurait pour effet de nuire à l'innovation.

---

<sup>2</sup> A ce jour, le texte est fixé à l'agenda de l'Assemblée nationale pour le 7 avril.

- Certaines études soutiennent le fait que le délai de réalisation d'une transaction a une incidence sur le succès de celle-ci. Un délai prolongé peut entraîner une détérioration des performances de l'entreprise après l'opération<sup>3</sup>.

Le communiqué de l'Autorité faisant suite à l'arrêt *Illumina -Grail / Commission* de la Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») suggère que l'Autorité est d'abord intéressée par les opérations qui « *inhibent l'innovation et renforcent ou consolident le pouvoir de marché de certains acteurs dans des secteurs innovants* ». Il serait néanmoins utile que l'Autorité clarifie ce point.

Si l'on se concentre sur les opérations qui ont été le plus mis en avant au cours des débats sur le champ du contrôle des concentrations, les *killers acquisitions*, à l'exclusion des *serial acquisitions*, la réalité et/ou l'ampleur du problème potentiellement posé par ces opérations n'est toujours pas connue. Pour cette raison, il est difficile de mettre en balance les effets négatifs et positifs.

Certaines études soutiennent en particulier que le risque posé par ces opérations serait en réalité assez faible. Par exemple, dans le secteur pharmaceutique, secteur où le risque est potentiellement le plus élevé, la probabilité qu'une transaction soit une *killer acquisition* se situerait entre 5,3 % et 7,4 %<sup>4</sup>. Sur les marchés numériques, le taux serait plus proche de 1 sur 175<sup>5</sup>, soit 0,57%.

L'AFEC s'interroge donc en premier lieu sur la nécessité de modifier le cadre réglementaire actuel. Toutefois, dans la mesure où une absence de modification de ce cadre implique la seule application de l'option 3 laquelle génère une grande insécurité juridique, la modification du cadre actuel paraît, en conséquence, préférable.

Pour le surplus, l'AFEC constate que le mécanisme de l'article L. 430-9 du code de commerce permet de procéder à un réexamen d'une concentration en cas de suspicion d'abus de position dominante ou de dépendance économique postérieur, que la concentration ait donné lieu à notification ou non. De ce point de vue, la persistance de ce texte dans un nouveau cadre, notamment qui inclurait l'option 1, pourrait se poser.

Le pouvoir d'évocation visé dans l'option 1 semble l'outil le plus approprié pour permettre à l'Autorité d'appréhender des opérations qui bien qu'en dessous des seuils actuels sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur la concurrence. Toutefois, si l'option 1 devait prospérer, il serait logique que les autres options soient écartées. Cela semble assez aisé pour l'option 2 et plus compliqué pour l'option 3, dont on remarquera qu'elle n'est que la conséquence de l'architecture européenne des textes mais non d'une répartition des périmètres d'intervention et objectifs entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et celui des concentrations. Il est au demeurant possible de relever que l'option 1 vise à maintenir

---

<sup>3</sup> voir par exemple, Thompson, E.K. et Kim, C. (2020), « Post-M&A Performance and Failure : Implications of Time until Deal Completion » ou Adelaja & Mukhopashyay (2022), « Time-to-completion for mergers and acquisitions in the food and agribusiness industry »

<sup>4</sup> Cunningham et al. 2021

<sup>5</sup> Gautier et Lamesch 2021

l'objectif du droit des concentrations tandis que l'option 3 s'écarte de la finalité de ce même droit.

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

### **1.1 Considérations générales**

Est en premier envisagé lieu la création d'un pouvoir d'évocation au bénéfice de l'Autorité, fondé sur des critères quantitatif et qualitatif et inspiré de mécanismes existant déjà dans 10 Etats membre de l'Espace économique européen, dont le Danemark, la Hongrie, l'Irlande et l'Italie.

Dans les délais dont le groupe de travail a disposé, il n'a pas été possible de faire une étude exhaustive et de procéder à une analyse approfondie des droits étrangers existants.

Aucun régime ne semble toutefois, pleinement satisfaisant. En outre, chaque dispositif s'insère dans un contexte propre.

Le pouvoir d'évocation n'a, selon l'AFEC, pas vocation à appréhender toutes les opérations, sinon pourquoi en parallèle augmenter les seuils de notification pour réduire l'engorgement lié au nombre actuel de notifications d'opérations.

Le champ de la réforme doit donc être circonscrit à un nombre limité d'opérations, ce qui semble correspondre à l'expérience récente des renvois fondés sur l'article 22 du règlement du Conseil (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »).

Le droit des concentrations se doit de garantir, aux parties, les principes d'efficacité, de prévisibilité et de sécurité juridiques<sup>6</sup>.

Ces principes excluent un pouvoir d'évocation qui, d'une part, ne reposerait pas sur des critères précis et, d'autre part, pourrait remettre en cause la réalisation des opérations de manière illimitée dans le temps. Une transposition *mutatis mutandis* des principes du Clayton Act 1914 est donc à exclure.

À ce titre l'AFEC s'interroge sur la capacité d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité, tel qu'il est actuellement envisagé par la consultation publique, à garantir le respect de ces exigences fondamentales (prévisibilité et sécurité juridique), même s'il devait être encadré par un critère matériel (i.e., application aux seules opérations franchissant un certain seuil de chiffre

---

6 Arrêt du 03/09/24 – Illumina-Grail / Commission, C-611/22 et C-625/22, §206

d'affaires cumulé des parties en France et menaçant de manière significative la concurrence sur le territoire) et par un critère temporel (application dans un délai limité après la réalisation d'une opération de concentration).

En effet, plusieurs autorités nationales de concurrence de l'Union européenne disposent d'ores et déjà, d'un pouvoir d'évocation encadré par des critères construits de manière similaire (comprenant une condition de chiffre d'affaires et/ou de durée), mais dont les seuils qu'ils prévoient varient significativement d'un Etat membre à l'autre<sup>7</sup> ne gage absolument pas de la conformité de l'Option 1 envisagée par l'Autorité avec les exigences de sécurité et de prévisibilité juridique, dont l'importance a été rappelée par la CJUE.

Si certains observateurs ont vu dans l'arrêt *Illumina Grail c/ Commission* de la CJUE une invitation adressée aux Législateurs européens et/ou nationaux d'intégrer expressément un mécanisme de contrôle *sous les seuils* dans leur régime de contrôle des concentrations, il doit être souligné qu'aucun blanc-seing n'a été explicitement ou implicitement donné (ou reconnu) par les juges de Luxembourg sur la conformité, « de principe », aux exigences de sécurité et de prévisibilité juridique, d'un tel régime ex post au niveau européen<sup>8</sup>.

Seul un examen casuistique des critères précis définis par un régime de contrôle *ex post* des concentrations permettra d'apprécier s'il est conforme aux exigences de sécurité et de prévisibilité juridique qui doivent être garanties aux entreprises parties à une opération de concentration.

Or, à notre connaissance, aucune juridiction de contrôle (nationale ou européenne) ne s'est prononcée, à ce jour, sur la conformité de tels critères matériels et temporels aux exigences de sécurité et de prévisibilité juridique, lesquelles sont pourtant d'une importance cardinale.

Dans ces conditions, il ne peut être que recommandé à l'Autorité de prévoir des critères matériels et temporels pour l'application de son pouvoir d'évocation qui soient compatibles à la fois avec une bonne administration mais aussi avec les impératifs de la vie des affaires.

En outre, l'aménagement qui consisterait à exiger des entreprises qu'elles prennent contact, de façon informelle, avec l'ensemble des autorités de concurrence susceptibles d'exercer un pouvoir d'évocation pour leur opération de concentration, pour vérifier si elles souhaiteraient (ou non) examiner celle-ci, et ainsi réduire l'incertitude juridique auxquelles seraient confrontées les entreprises en cause, reviendrait à imposer une charge administrative supplémentaire très lourde sur ces dernières, contraire, elle aussi, au bon fonctionnement de la vie des affaires, qui semble en tout état de cause disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis par le contrôle *ex ante* des concentrations.

---

<sup>7</sup> par exemple, l'autorité allemande de concurrence a la possibilité de contrôler une opération de concentration dans un délai de 3 ans après sa réalisation (délai qui est du reste renouvelable trois fois au maximum !), tandis que l'autorité italienne de concurrence peut contrôler une opération de concentration uniquement dans un délai de six mois après sa réalisation

<sup>8</sup> On peut mentionner l'affaire Nvidia / Commission (T-15/25) qui est pendante devant le Tribunal de l'UE et dans le cadre de laquelle le Tribunal UE aura probablement à se prononcer sur ces sujets (en rapport avec le pouvoir d'évocation italien

Par ailleurs, l'AFEC s'interroge sur le cadre de l'analyse juridique dans lequel les opérations de concentration seraient examinées sous les seuils, et potentiellement *ex post*, par l'Autorité sur le fondement de son pouvoir d'évocation.

S'agirait-il de celui prévu par les articles L. 430-1 et suivants du code de commerce ? Auquel cas, il est permis de s'interroger sur l'aptitude de ces textes à assurer un contrôle *ex post* efficace et respectueux des droits des parties, dès lors qu'ils ont été élaborés dans une logique de contrôle *ex ante* des opérations de concentration, c'est-à-dire pour les besoins d'une analyse principalement prospective.

Or, dans le cadre d'un contrôle sous les seuils, l'analyse pourrait potentiellement être fondée sur l'activité récente et réelle de la nouvelle entité issue de l'opération de concentration, ce qui changerait significativement le cadre de l'analyse. Des éclaircissements de l'Autorité seraient les bienvenus sur ce point, ainsi que des précisions sur la garantie des droits accordés aux parties pour répondre aux demandes de l'Autorité (délais suffisants, possibilité de faire appel des décisions procédurales des Services d'instruction, etc.).

## 1.2 Sur la durée du pouvoir d'évocation

La durée pendant laquelle le pouvoir d'évocation peut être exercé doit être limitée dans le temps comme c'est le cas en Norvège, au Danemark (3 mois) voire en Hongrie ou Italie (6 mois). La durée limitée du pouvoir d'évocation permet de donner une relative prévisibilité et une sécurité aux opérateurs désireux de réaliser de telles opérations.

La question du point de départ de ce délai est essentielle pour que les opérations ne soient pas trop fragilisées.

Il semble logique, comme l'ont du reste retenu de nombreux pays<sup>9</sup>, de se fonder sur la date de conclusion de l'accord constitutif de la transaction ou de lancement d'une offre publique. C'est en effet le référentiel retenu pour la notification des opérations, et il est important de rester dans cette logique.

Tout au plus pourrait-on imaginer de prendre en compte la date de première publication de l'opération à destination du public par voie de presse ou sur Internet. Il faudra alors préciser la notion de première publication à tout le moins dans le cadre d'une communication de l'Autorité précisant les sources considérées (presse, Internet, communiqué officiel...) et l'origine de la publication pour qu'elle soit retenue.

Comme le soulignent les travaux de l'OCDE du 20 janvier 2015 « *toutefois, il ne suffit pas de pouvoir effectivement prouver des effets anticoncurrentiels pour remettre en question l'opération. L'autorité de la concurrence doit démontrer un lien de cause à effet entre la fusion concrétisée sur laquelle elle enquête et l'effet anticoncurrentiel décelé sur le marché. Les problèmes de concurrence mis en lumière ne découlent pas nécessairement de l'opération*

---

<sup>9</sup> Italie, Norvège, Danemark, Hongrie, Lettonie, Lituanie

*examinée. Ils pourraient être la conséquence naturelle d'autres phénomènes présents sur le marché. Il peut être difficile d'établir la preuve de ce lien sur les marchés hautement technologiques, qui évoluent et changent souvent rapidement. Il est donc rare que les autorités de la concurrence remettent en question une opération concrétisée depuis longtemps, tant il peut être difficile, dans ces cas, d'établir un lien de cause à effet entre la fusion et les effets anticoncurrentiels.* » (§38)

Ainsi, pour pouvoir imputer des effets anticoncurrentiels à une concentration il est donc nécessaire que le pouvoir d'évocation de l'Autorité soit limité à un temps court.

Comme souligné dans l'arrêt *Illumina-Grail / Commission*, l'un des objectifs du règlement CE 139/2004 est de limiter, « *pour des raisons de sécurité juridique et dans l'intérêt des entreprises concernées, la durée des procédures de vérification des opérations qui incombent à la Commission.* » (§204)

Sur ce dernier point, l'AFEC estime que la possibilité de contrôler une opération de concentration plus de six mois après sa réalisation risquerait de porter une atteinte trop grave et importante à la vie des affaires, en ce que les entreprises engagent habituellement, dans un tel délai, des dépenses et des moyens humains et financiers importants pour la mise en œuvre de leur opération de concentration, et procèdent à une adaptation de leur politique commerciale sur le marché. Un pouvoir d'évocation applicable dans un délai supérieur à six mois après la réalisation d'une opération de concentration ne garantirait par conséquent pas aux parties la sécurité et la prévisibilité juridiques requises dans ce domaine.

### **1.3 Sur un pouvoir d'évocation basé sur la prise en compte de seuils de chiffre d'affaires**

L'abaissement des seuils n'apparaît pas comme une solution appropriée car cela peut créer un effet multiplicateur des notifications et notamment des opérations ne créant aucune affectation sensible de la concurrence.

Cela va à l'encontre de la tendance actuelle consistant à élever, y compris en France, les seuils pour réduire le nombre d'opérations notifiables. En outre, cela impliquerait que certaines entreprises rempliraient systématiquement le seuil en chiffre d'affaires cumulé. Il serait donc nécessaire d'ajouter un seuil pour la cible ou de prévoir un seuil de type « au moins deux entreprises ».

Toutefois, retenir un faible seuil pour la cible ne semble pas davantage opportun car il sera impossible de savoir quel est le bon niveau à retenir sans risquer de créer cet engorgement.

Si l'on reste dans la logique qui a présidé aux renvois connus précédemment au titre de l'article 22 du règlement CE sur les concentrations, il conviendrait alors de retenir un seuil cumulatif mondial pour l'ensemble des entreprises concernées pour appréhender les acquisitions des grands groupes.

En effet dans la plupart des exemples connus concernant cette disposition, l'opération consistait dans l'acquisition par un grand groupe d'une cible au chiffre d'affaires limité, soit dans le but d'éliminer un concurrent potentiel, soit dans le but de fermer le marché notamment dans le cadre d'opérations verticales.

Certains pays ont retenu cette approche, l'Italie notamment.

Certains ont limité le chiffre d'affaires au niveau national (par exemple le Danemark ou la Suède) mais cela signifie que les opérations réalisées par des groupes étrangers puissants qui ne sont pas encore très présents sur le marché national ne seront pas appréhendées.

Ce critère de chiffre d'affaires devra donc nécessairement être combiné avec d'autres critères.

#### **1.4 Sur le critère des parts de marchés :**

Le critère de la part de marché retenu dans certaines juridictions (par exemple en Slovénie avec un seuil consistant en la détention d'une part de marché supérieure à 60%) ne paraît pas adapté en ce sens qu'il ne peut permettre d'appréhender des opérations concernant des grands groupes étrangers, qui ne sont pas actifs sur le marché domestique, lesquels acquerront des petites entreprises à fort potentiel.

En outre, la définition des marchés peut s'avérer complexe et resterait donc la source d'une certaine insécurité juridique, sans même évoquer ici plus avant le risque de définitions différentes entre les différentes autorités de concurrence disposant d'un tel pouvoir d'évocation.

Le critère exprimé en part de marché n'apporte donc pas de réponse satisfaisante.

#### **1.5 Sur le critère de la valeur de la transaction**

Si, dans la communication de la Commission sur les renvois fondés sur l'article 22 du règlement CE sur les concentrations était mis en avant l'écart pouvant exister entre la valeur de la transaction et la faiblesse du chiffre d'affaires de la cible, ce critère paraît trop rigide et source de difficultés de mise en œuvre dans la mesure où il aurait vocation s'appliquer à des secteurs distincts où les valorisations peuvent être très différentes.

A ce titre, l'on renverra à l'exemple de l'Allemagne où à la suite de l'introduction d'un seuil en valeur de part de marché, l'autorité de concurrence locale a adopté des lignes directrices comptant trente-six pages pour expliquer comment appliquer ce seuil.

## **1.6 Sur la possibilité d'introduire une liste d'entreprises structurantes**

Certaines juridictions comme la Norvège et la Suède couplent leur pouvoir d'évocation à une liste d'entreprises considérées comme structurantes pour l'économie qui doivent informer l'autorité de toutes leurs acquisitions, ces informations pouvant ensuite servir de base à une évocation du cas.

La mise en place d'une telle liste en France n'est pas souhaitable car elle risque de pointer indûment certaines entreprises.

## **1.7 Sur la qualification de l'entreprise cible et de l'affectation de la concurrence**

Dans tous les cas, un critère qualitatif paraît nécessaire.

Tout en visant le fait que l'opération risque d'affecter de manière significative la concurrence, ce pouvoir d'évocation devrait être limité à trois situations :

- l'entreprise est une start-up ou un nouvel opérateur avec un potentiel concurrentiel important qui doit encore développer ou adopter un modèle d'entreprise générant des revenus importants (ou est encore dans la phase initiale de mise en œuvre de ce modèle);
- l'entreprise est un innovateur majeur ou mène une activité de recherche potentiellement importante ;
- l'entreprise fournit des produits ou services qui sont des intrants/composants clés pour d'autres secteurs.

Il faudrait en outre limiter ce pouvoir d'évocation aux seules situations où l'opération n'est pas susceptible d'être contrôlée par un autre outil juridique du type DMA, Règlement FSR, etc..

En outre, le critère portant sur la « menace d'affecter significativement la concurrence sur le territoire » permettrait de préciser clairement les situations visées. Dans cette appréciation, il conviendrait de tenir compte de la maturité du marché concerné. Les opérations sur des marchés déclinants ne devraient pas être visées par ce pouvoir d'évocation. Il y a probablement plus d'efficacité économique dans un rapprochement entre deux acteurs sur un marché mature que sur un marché émergent (par exemple : en matière de distribution de la presse magazine, l'Autorité avait conseillé aux deux seules sociétés de messagerie de presse de se rapprocher par un système de sous-traitance mutuelle pour leur permettre de réduire leurs coûts).

## **1.8 Une telle option nécessite l'adoption de lignes directrices ou d'une communication permettant aux entreprises d'en apprécier la portée**

Des lignes directrices seraient indispensables pour encadrer les conditions d'utilisation de ce pouvoir d'évocation. Ces lignes directrices pourraient notamment avoir vocation à évoquer les points suivants :

- Préciser l'articulation entre ce pouvoir d'évocation et le pouvoir de renvoi l'article 22 du règlement CE sur les concentrations ;
- Préciser la démonstration qui sera attendue dans les demandes de lettres de confort : s'il faut démontrer que l'opération ne menace pas d'affecter la concurrence comme c'est le cas dans un formulaire de notification (définition des marchés pertinents, analyse des parts de marché, des concurrents actuels et potentiels, des barrières à l'entrée, etc.) ?
- « Institutionnaliser » davantage la lettre de confort et préciser les attendus pour l'obtention de celle-ci. La rédaction de la demande de lettre de confort risque en effet, d'être assez lourde dans la mesure où il s'agirait désormais d'une demande portant sur les effets de l'opération et non sur son caractère « notifiable ». Si la rédaction de cette lettre devait devenir aussi lourde/complexé que la rédaction d'un formulaire de notification, les entreprises risqueraient de recourir à une notification systématiquement, alourdissant ainsi la charge à laquelle ferait face l'Autorité ;
- Encadrer le délai de réponse de l'Autorité pour ne pas bloquer le calendrier de réalisation des opérations.

La question d'une situation dans laquelle l'Autorité rédige une lettre de confort alors que d'autres autorités de concurrence ne partagent pas son analyse se pose également.

## **2 Sur l'Option 2 : adoption d'un nouveau seuil de notification obligatoire fondé sur plusieurs critères nouveaux**

Le nouveau critère, inspiré du modèle suisse, semble ouvrir à l'Autorité la possibilité de devenir un régulateur de certains marchés préalablement désignés ce qui élargit son rôle d'autorité de concurrence.

Cette possibilité crée une responsabilité particulière pesant sur les entreprises ayant fait l'objet d'une condamnation au titre des abus de position dominante alors que le lien avec l'opération de concentration considérée n'est pas nécessairement établi.

De même, s'agissant des entreprises ayant fait l'objet d'une décision d'autorisation de concentration, le lien avec une future opération de concentration n'est pas évident, notamment si les marchés concernés divergent.

Des tels critères ne reposeraient sur aucune logique au regard des principes du droit de la concurrence. Cela conduirait à constituer une nouvelle « peine accessoire » aux infractions

aux articles 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-2 du code de commerce.

Cela poserait également le problème de la rupture d'égalité entre les entreprises partie à des opérations de concentration. Un acquéreur étranger pourrait être préféré dans certains cas de figure : par exemple un groupe français précédemment sanctionné par l'Autorité devrait obtenir une autorisation (donc avec condition suspensive affectant le calendrier) alors qu'un groupe étranger qui ne l'a été ni par l'Autorité ni par la Commission européenne (mais potentiellement dans son pays d'origine ou ailleurs) n'aurait pas à notifier l'opération.

En outre, il semble curieux d'envisager un droit d'évocation national fondé sur une précédente décision rendue par la Commission européenne, laquelle pourrait ne pas concerner le marché français.

D'une manière générale, cette option semble en l'état introduire une trop grande insécurité juridique et ses avantages potentiels semblent difficiles à percevoir.

### **3 Sur l'Option 3 : application du droit des pratiques anticoncurrentielles**

#### **3.1 Constat**

Cette « option » ne paraît pas constituer une réelle option puisqu'elle correspond au droit positif au regard de la jurisprudence *Towercast*, *Continental Can* (abus de position dominante) et *Philip Morris* (prise de participation minoritaire). Plus spécifiquement en ce qui concerne la France, elle est également illustrée par la décision *Équarrissage* et le communiqué de l'Autorité du 3 septembre 2024.

Cette situation ne semble toutefois pas satisfaisante car elle est source d'une très grande insécurité juridique et pourrait faire l'objet d'une instrumentalisation par les plaideurs. À ce titre l'AFEC note que les affaires à l'origine de la jurisprudence de l'Union européenne et de la pratique décisionnelle de l'Autorité semblent résulter essentiellement de plaintes et aboutir à des non-lieux.

Or, de telles procédures, si elles peuvent permettre aux entreprises concernées et aux autorités de concurrence de pouvoir disposer de données permettant d'appréhender les effets concrets de la concentration, présentent toutefois de très nombreux désavantages (délais longs, insécurité juridique pour les entreprises, défaut d'efficacité d'un instrument de contrôle juridique spécifique et de son effectivité pour rétablir la concurrence).

Afin d'éviter une multiplication des demandes de lettres de confort, spécialement pour les opérations entre petites ou moyennes entreprises<sup>10</sup>, il paraît indispensable que l'Autorité

---

<sup>10</sup> selon la classification du gouvernement (i.e. PME/ETI/GE), 7 536 entreprises sont des ETI ou GE en 2022, hors secteurs agricoles et financiers <https://www.insee.fr/fr/statistiques/8290682?sommaire=7667330#graphique-figure2>).

publie des lignes directrices explicitant son approche d'une telle mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles et le cas échéant son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites.

### 3.2 Observations d'un point de vue économique

L'option 3 n'est en outre pas une option économique souhaitable, *a fortiori* dans la situation actuelle où il est crucial d'aider les entreprises actives en Europe à assurer leur compétitivité, dans un contexte de guerre commerciale de plus en plus forte, notamment avec la Chine et les États-Unis.

Au moment même où la Commission européenne cherche à mettre en œuvre un choc de simplification pour renforcer la compétitivité de l'Europe<sup>11</sup>, instruire plusieurs affaires de concentrations passées et ne franchissant pas les seuils de notification, dont l'une sous l'angle de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>12</sup>.

Si ces affaires devaient aboutir et mener à une condamnation (même sans sanction) de ces concentrations, l'effet serait très néfaste pour l'économie et la compétitivité de la France (voir infra).

Il est très regrettable que l'Autorité envisage l'analyse ex post des fusions en-dessous des seuils sous l'angle de articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comme une « option », alors qu'elle a la capacité d'éviter une telle voie très dommageable pour l'économie en :

- fixant un standard de preuve suffisamment élevé pour rendre impossible dans le futur une condamnation ex post, au titre de ces deux dispositions, de concentrations ne franchissant pas les seuils de notification ;
- refusant d'instruire ce type de dossiers, l'Autorité disposant désormais l'opportunité des poursuites.

Les conséquences de l'option 3 sur l'économie semblent disproportionnées, *a fortiori* dans le contexte actuel où l'économie européenne (et française) est déjà très fragilisée.

- **Un accroissement de l'insécurité juridique néfaste à l'investissement**

De manière générale, les entreprises ont besoin de stabilité et de prévisibilité pour investir, créer de l'emploi et tout simplement être actives de manière efficace sur les marchés. En effet, lorsqu'elles réalisent un investissement, les entreprises calculent la somme escomptée des profits futurs liés à cet investissement, en tenant compte d'une certaine probabilité d'échec et comparent ces « espérances » (au sens mathématique) de profits au coût de

---

<sup>11</sup>[https://france.representation.ec.europa.eu/informations/une-boussole-de-lue-pour-regagner-en-competitivite-et-garantir-une-prosperite-durable-2025-01-29\\_fr](https://france.representation.ec.europa.eu/informations/une-boussole-de-lue-pour-regagner-en-competitivite-et-garantir-une-prosperite-durable-2025-01-29_fr) : « La boussole a pour un objectif de réduire d'au moins 25 % la charge administrative qui pèse sur les entreprises et d'au moins 35 % celle qui pèse sur les PME. »

<sup>12</sup> <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/dasri-dans-les-drom-le-rapporteur-general-indique-avoir-notifié-un-grief>

l'investissement. Par conséquent, si la probabilité d'échec de l'investissement augmente (et ce peut être le cas si l'entreprise se trouve condamnée par une autorité de concurrence, voire simplement si elle fait l'objet d'une enquête avec un risque de condamnation), elle peut renoncer à cet investissement.

S'il existe un risque, même minime, que les entreprises fassent l'objet d'une enquête, voire d'une condamnation, pour avoir réalisé une concentration ne franchissant pas les seuils de notification que l'Autorité considère comme « anticoncurrentielle », l'imprévisibilité s'accroît pouvant inciter les acteurs économiques à renoncer à certains investissements car ils auront plus de mal à se projeter dans le futur.

Ce risque est d'autant plus important que les sanctions pourraient être élevées et les injonctions potentiellement très risquées pour les entreprises qui feraient l'objet d'une telle condamnation. En effet, si une concentration est prohibée plusieurs années après sa réalisation, comment remédier à la pratique dénoncée si ce n'est en défaisant l'opération ? Dans tous les cas, l'entreprise s'expose à des sanctions (et éventuellement des demandes de réparation dans le cadre d'actions indemnitaires) courant sur une durée très longue (puisque plus le temps passe plus il paraît difficile, voire impossible de défaire l'opération) et encore plus grave au risque d'une injonction structurelle, pour céder l'activité acquise de façon prétendument « anticoncurrentielle ».

Ce risque est encore accru pour les concentrations qui ont déjà été réalisées par le passé sans notification car ne franchissant pas les seuils l'imposant. Ces entreprises pensaient être dans leur bon droit en réalisant cette opération. En effet, ces opérations n'ont *a priori* pas fait l'objet d'une analyse en interne de leur bienfondé au regard du droit de la concurrence.

- **Au pire, un risque d'autocensure préjudiciable à des concentrations qui auraient pu être bénéfiques à l'économie...**

Lorsque deux entreprises souhaitent réaliser une concentration qui ne franchit pas les seuils de notification, elles prennent un risque en se lançant dans le processus de notification, lequel peut être long, coûteux et aléatoire, notamment si la concentration est susceptible de soulever des problèmes de concurrence. Certaines entreprises, après une analyse de risque préalable, peuvent renoncer à prendre le risque et renoncer leur opération, même si elle aurait eu une probabilité non nulle d'être autorisée.

Si une concentration ne franchit pas le seuil de notification et que l'Autorité refuse d'analyser les opérations ne franchissant pas les seuils de notification qui lui serait notifiée, ou de l'analyser dans un temps limité qui est le temps des affaires (ce qui revient au même), les entreprises devront faire leur propre analyse de risque avant de la réaliser. Cela les placera par définition en position défavorable par rapport aux concentrations excédant les seuils, que l'Autorité sera obligée d'analyser.

Or, lorsqu'il existe un risque, même négligeable, qu'une autorité de concurrence condamne *a posteriori*, y compris plusieurs années après l'opération, une concentration ne franchissant pas les seuils de notification, les entreprises ne prendront très certainement pas ce risque. En

effet, comme expliqué ci-dessus, les conséquences en cas de condamnation peuvent être très graves (démembrement ou sanction et demandes de réparations élevées, car couvrant une période très longue). Le risque encouru est beaucoup plus élevé que dans des cas classiques de contentieux antitrust.

Même si la probabilité d'être condamnée est très faible, lorsque la conséquence en cas de condamnation est très grave, une entreprise rationnelle ne choisit pas cette option.

On peut donc s'attendre à ce qu'un grand nombre de potentielles concentrations n'excédant pas les seuils de notification fasse l'objet d'une autocensure et ne se fassent pas, même si elles sont pro-concurrentielles et même nécessaires au bon fonctionnement de l'économie.

En effet, même des concentrations menant à des monopoles sont parfois nécessaires, lorsqu'un marché se contracte et devient tellement limité qu'il n'y a plus de place que pour un seul acteur (« monopole naturel »).

De même, l'acquisition d'une petite entreprise sous les seuils par une entreprise en position dominante sur un marché est fréquente et ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une acquisition prédatrice. Cela peut être une manière i) pour l'entreprise en position dominante d'acquérir une technologie qu'elle n'a pas et qu'elle est incapable de développer en interne et ii) pour l'entreprise acquise de trouver une application à une innovation qu'elle a réalisée, mais qu'elle n'a pas la capacité de développer, en raison de sa petite taille.

Pourtant, face au risque - même minime - d'une condamnation, ce type de concentrations utiles pour l'économie, risque de ne pas voir le jour. Il s'agit d'exemples non exhaustifs d'opération parfaitement légitimes, mais auxquelles des entreprises pourraient renoncer, afin d'éviter le risque d'un contentieux.

Ceci risque de nuire à l'adaptation des marchés et des entreprises, à leur capacité à innover et risque de gripper le fonctionnement de l'économie de marché.

Il ne faut pas non plus oublier qu'un grand nombre d'entreprises ne franchissant pas les seuils de notification sont des PME, voire des TPE. Elles ont par définition beaucoup moins de moyens que les grandes entreprises pour se défendre face à des autorités de concurrence et seront donc encore moins enclines à prendre des risques, même si elles sont dans leur bon droit. L'option 3 reviendrait à alourdir encore le fardeau administratif qui pèse sur les PME et les TPE et qui peut décourager la volonté d'entreprendre.

- **...Au mieux un risque d'engorgement des services de l'Autorité**

Si l'Autorité accepte ou est contrainte d'analyser les fusions ne franchissant pas les seuils de notification, elle risque alors de faire face à un engorgement supplémentaire de ses services s'ajoutant à l'actuel qui a motivé l'adoption d'un relèvement de ces seuils par le Sénat. Cet engorgement supplémentaire pourrait conduire à des délais élevés de traitement, incompatibles avec la vie des affaires.

Si l’Autorité est obligée de traiter les notifications dans un certain délai, on se retrouvera *de facto* dans une situation où elle autorisera par défaut l’immense majorité des notifications et puisera au hasard dans certaines des notifications afin de les analyser. Ce comportement pourrait diminuer la légitimité de ses décisions en laissant croire que les notifications effectivement analysées relèvent de la volonté de « faire un exemple ».

De plus, le coût administratif pour les entreprises (dont une grande partie seront des PME et des TPE) sera fortement accru, puisqu’elles devront, pour la moindre petite concentration, remplir un formulaire de notification, faire appel à un cabinet d’avocat, voire un cabinet d’économiste.

À nouveau, la mise en œuvre de l’option 3 risque de gripper le bon fonctionnement de l’économie en alourdissant le fardeau administratif et de nuire à la croissance.

- **S’agissant de la comparaison avec les États-Unis**

Les délais impartis pour répondre à cette consultation publique ne nous ont pas permis d’analyser en détail la façon dont est appliqué très concrètement le Clayton Act 1914 aux États-Unis et les garde-fous qui existent.

Avant de tirer une conclusion hâtive concernant l’existence d’un tel régime en outre Atlantique, nous invitons l’Autorité à mener une analyse très approfondie de la façon dont il est appliqué et à ouvrir une seconde consultation publique laissant plus de temps aux intéressés de procéder à cette analyse.

§ § § §