

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

Dans le cadre des travaux sur la modernisation et la simplification du droit des concentrations menés à partir de 2017, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) avait soumis à consultations publiques plusieurs pistes de réflexion visant à lui permettre d'examiner des opérations de concentration susceptibles de poser des problèmes de concurrence et échappant au régime de contrôle des concentrations en vigueur. Depuis plusieurs années, l'Autorité constate, en effet, 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.

A l'issue d'une première consultation publique en octobre 2017, l'Autorité avait considéré que le recours à l'article 22 du règlement européen sur les concentrations constituait une solution pertinente à droit constant. Cette disposition permet à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission européenne l'examen d'une opération de concentration qui ne franchirait pas les seuils européens de notification, mais qui affecterait le commerce entre États membres et menacerait d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande. L'Autorité avait également estimé que l'introduction d'un mécanisme de contrôle ciblé des opérations de concentrations sous les seuils de notification devait être explorée en droit national et avait lancé une deuxième consultation spécifique sur ce sujet en juin 2018¹.

D'autres pistes avaient à l'inverse été écartées, notamment l'introduction d'un seuil fondé sur la valeur de la transaction sur les modèles allemand et autrichien, ou encore la réintroduction d'un seuil en parts de marché.

¹ Communiqué de presse, Modernisation et simplification du contrôle des concentrations, 7 juin 2018.

Plus particulièrement, l'Autorité avait considéré qu'un seuil fondé sur la valeur de la transaction pose plusieurs difficultés de mise en œuvre : il est susceptible d'entraîner la notification de nombreuses opérations sans enjeu concurrentiel et introduirait une incertitude quant à l'obligation de notifier, liée à la complexité du calcul de la valeur à retenir, avec des sanctions possibles en cas de défaut de notification. Un risque d'effet de seuil n'est pas non plus à exclure, conduisant à de possibles contournements.

Un seuil de contrôlabilité fondé sur les parts de marché présente également plusieurs limites : il dépend de la définition des marchés pertinents, ce qui peut s'avérer complexe pour la partie notifiante, en particulier en l'absence de pratique décisionnelle ; certaines opérations potentiellement problématiques continueraient à échapper à l'examen de l'Autorité, par exemple des rapprochements de nature non-horizontale ou encore l'acquisition de cibles innovantes qui ne détiennent pas encore une position forte sur le marché.

En septembre 2020, la Commission européenne a annoncé un changement d'approche consistant à encourager les autorités nationales de concurrence à lui renvoyer l'examen d'opérations remplissant les critères de l'article 22 du règlement européen sur les concentrations, y compris lorsque celles-ci ne franchissent pas les seuils de notification au niveau national².

Par son arrêt Illumina/Grail du 3 septembre 2024, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé le cadre des renvois au titre de l'article 22 pour des opérations qui ne franchissent pas les seuils de notification au niveau national, en indiquant que la Commission pouvait accepter de telles demandes de renvois uniquement dans les cas où les autorités nationales de concurrence sont elles-mêmes compétentes en vertu de leur droit national. Dans l'hypothèse où les seuils en vigueur ne permettent pas aux autorités de concurrence de contrôler certaines opérations susceptibles d'avoir une incidence significative sur la concurrence, la CJUE a par ailleurs appelé de ses vœux l'intervention du législateur.

Tirant les conséquences de cet arrêt, l'Autorité s'est engagée à identifier les moyens existants ou nécessaires pour s'assurer qu'aucune concentration, même

² Communiqué de presse, L'Autorité se félicite de l'annonce de la Commission européenne, qui acceptera désormais que les autorités nationales de concurrence puissent lui renvoyer pour examen des opérations de concentration sensibles, y compris lorsqu'elles ne sont pas soumises au contrôle national, 15 septembre 2020.

non soumise à une notification préalable, ne porte atteinte à la concurrence sur le territoire français³.

La présente consultation publique intervient dans ce cadre.

Soucieuse de concilier l'importance d'une sécurité juridique pour les entreprises et la nécessité de disposer d'un mécanisme performant, spécifique au contrôle des concentrations, pour prévenir d'éventuelles atteintes à la concurrence, l'Autorité soumet à la présente consultation deux nouvelles modalités d'intervention, qui viendraient compléter le cadre juridique existant : la création d'un pouvoir d'évocation ciblé, encadré par des critères quantitatifs et qualitatifs, pouvant être mis en œuvre par l'Autorité (Option 1) ou l'introduction d'un nouveau critère de notification obligatoire pour certaines entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché constaté par une décision de la Commission européenne ou de l'Autorité (Option 2). Elle envisage également une troisième option, qui consisterait à limiter ses possibilités d'intervention concernant des opérations de concentration sous les seuils de notification nationaux à la mise en œuvre des dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles (entente et abus de position dominante).

*Les parties prenantes sont invitées à présenter leurs observations sur chacune de ces trois options, détaillées ci-dessous, **jusqu'au 16 février 2025**, au moyen de l'adresse électronique suivante :*

consultation.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr

Les observations pourront être rendues publiques par l'Autorité.

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

Cette option propose d'introduire un dispositif d'évocation par l'Autorité d'une opération de concentration qui ne remplit pas les seuils de contrôle de l'article L. 430-2 du code de commerce. Ce mécanisme serait ciblé et encadré dans le temps. En effet, d'une part, seules seraient soumises au pouvoir d'évocation de l'Autorité les opérations de concentration qui franchissent un certain seuil de

³ [L'Autorité de la concurrence prend note de l'arrêt Illumina/Grail de la Cour de justice de l'Union européenne, 3 septembre 2024 | Autorité de la concurrence](#)

chiffre d'affaires cumulé des parties en France et qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire. D'autre part, 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 internationale⁴.

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.

Des mécanismes similaires, fondés sur des critères quantitatifs et/ou qualitatifs, existent déjà dans dix Etats membres de l'Espace économique européen (Danemark, Hongrie, Irlande, Italie, Islande, Lettonie, Lituanie, Norvège, Slovaquie, Suède) et sont envisagés dans plusieurs autres Etats membres de l'Union européenne. Plusieurs juridictions en dehors de l'EEE disposent également de tels dispositifs.

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)

Cette option propose d'ajouter un critère alternatif à l'article L. 430-2 du code de commerce qui rendrait obligatoire la notification préalable d'une opération de concentration lorsque l'une des entreprises concernées a fait l'objet d'une décision d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations ou de sanction ou d'engagements sur le fondement de l'article 102 TFUE ou de l'article L. 420-2 du code de commerce. L'Autorité considère que

⁴ Voir en particulier : [note du Secrétariat de l'OCDE sur « Les enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration » du 25 février 2014](#), Groupe de travail n° 3 du Comité de la concurrence sur la coopération et l'application de la loi; [note du Secrétariat de l'OCDE sur « Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions » du 27 mai 2020](#), Comité de la concurrence ; [orientations de la Commission européenne du 31 mars 2021 concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires](#), paragraphe 21.

tant sa propre pratique décisionnelle que celle de la Commission européenne doivent être prises en compte pour le déclenchement de ce critère.

Cette option prévoit également une notification obligatoire de toute concentration lorsqu'une des parties a été désignée contrôleur d'accès par la Commission européenne en vertu du règlement européen sur les marchés numériques.

Il conviendra d'encadrer ce critère dans le temps, en prévoyant que la décision doit avoir été adoptée dans un certain délai précédant la notification formelle, l'Autorité considérant toutefois qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit purgée de tout recours.

Il conviendra également d'introduire un ciblage du contrôle sur le territoire national et/ou les marchés concernés par les précédents qui fondent le déclenchement du contrôle, afin d'éviter des notifications d'opérations de concentration sans lien avec la France.

Cette option s'inspire d'un mécanisme déjà existant en Suisse⁵.

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 national⁶, postérieurement à leur réalisation et dans la limite des délais de prescription.

Cette option ne nécessite dès lors pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France.

⁵ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, article 9 point 4 : « *Nonobstant les al. 1 à 3, la notification est obligatoire lorsque, au terme d'une procédure engagée en vertu de la présente loi, une décision passée en force établit qu'une entreprise participante occupe en Suisse une position dominante sur un marché, et lorsque la concentration concerne soit ce marché, soit un marché voisin ou situé en amont ou en aval* ».

⁶ Voir par exemple CJUE, C-449/21, 16 mars 2023, Towercast et arrêt de la Cour d'appel de Paris 20/04300 du 27 juin 2024 ; décision 24-D-05 du 02 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage du 2 mai 2024.