Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Stanislas Martin

Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de 2017 à 2025

« Killer acquisitions » : Catch me if you (Continental) Can

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

L'ordonnance de 1986, dont nous fêtons les 40 ans, crée pour la première fois en France un régime de contrôle des concentrations, trois ans avant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. L'équilibre reposait alors sur un régime de notification facultative : si la part de marché combinée de la nouvelle entité dépassait 25 % sur un marché, l'entreprise concernée pouvait soumettre au ministre de l'Économie son projet de concentration ou une concentration réalisée depuis moins de trois mois. À défaut, le ministre pouvait à tout moment saisir le Conseil de la concurrence de l'opération.

Ce système, que j'ai pratiqué dans ses dernières années, à mes débuts à la DGCCRF, a fonctionné de manière satisfaisante pendant 15 ans. Au rang de ses avantages, il était économe en ressources tant pour les entreprises que pour l'administration. Il y avait une trentaine de notifications par an, qui étaient prises en charge par 3 ou 4 fonctionnaires. En 2025, 340 opérations ont été notifiées, traitées par environ 25 rapporteurs du service des concentrations, appuyés par le service économique, dans un contexte où les analyses sont certes devenues infiniment plus sophistiquées que dans les années 1990.

Cette phase initiale d'acculturation des marchés et des pouvoirs publics au contrôle des concentrations présentait aussi des inconvénients. Le seuil de déclenchement du contrôle à partir d'une part de marché de 25 % était peu sécurisé juridiquement, la délimitation des marchés pertinents pouvant donner lieu à débats, *a fortiori* dans un contexte pionnier peu balisé par la pratique décisionnelle. Une autre fragilité du système est qu'il impliquait un mécanisme de surveillance du marché pour intervenir sur les opérations potentiellement problématiques non notifiées, qui, en l'état des ressources et des technologies disponibles, était assez sommaire et reposait pour l'essentiel sur les plaintes de tiers.

En 2002, à la faveur de la volonté du gouvernement de Lionel Jospin de mettre en place des « *nouvelles régulations économiques* » (NRE), le système bascule vers un régime de notification obligatoire, « *en harmonie avec le droit communautaire* », pour reprendre les termes de l'exposé des motifs de la loi NRE.

La loi NRE ouvre un nouveau cycle d'une quinzaine d'années pendant lesquelles le système de notification obligatoire fonctionne de manière satisfaisante, sans susciter de débats particuliers. À partir de 2017, la pertinence des seuils de notification a commencé à être questionnée en France ; l'une des tables rondes du colloque consacré au contrôle des concentrations de l'association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC), à laquelle je participais, questionnait alors : « *Certaines opérations néfastes pour la concurrence échappent-elles à tout contrôle en Europe ?* ». À cette occasion sont évoquées différentes pistes de réformes législatives (pouvoir d'évocation, seuil en valeur de la transaction, seuil en valeur des actifs…), inspirées des législations américaines ou de certains pays européens. Mais sont également évoquées deux options à droit constant, pouvant être mises en œuvre sans délai : un changement de la doctrine d'emploi de l'article 22 du règlement sur les concentrations par la Commission européenne et la remise au goût du jour de l'arrêt *Continental Can* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (1973).

Aux origines de l'article 22 du règlement sur les concentrations de 1989, qui prévoit la possibilité pour les États membres de renvoyer à la Commission « *toute concentration* », on trouvait notamment la volonté de pallier l'absence d'un régime national de contrôle des concentrations dans de nombreux États membres, à telle enseigne que cet article était surnommé la « clause hollandaise », puisqu'introduit à la demande des Pays-Bas, alors dépourvus de contrôle des concentrations. Les États membres se sont progressivement dotés de régimes nationaux de contrôle, et aujourd'hui seul le Luxembourg en est encore dépourvu.

Prenant acte de ces évolutions des législations nationales, la Commission a amorcé une inflexion de sa doctrine d'emploi sur les renvois article 22 à partir de sa Communication sur les renvois de 2005. À partir de ce moment, la Commission adopte une politique constante consistant à refuser les renvois à la demande d'autorités nationales qui ne sont pas compétentes sur la base de leur propre législation. C'est un choix en opportunité de la Commission, qui par le passé a pu examiner des opérations renvoyées à la demande d'États membres non compétents sur le fondement de leur législation nationale, ou

dépourvus de législation nationale, par exemple dans l'affaire *Blokker/Toys « R » Us* de 1997, renvoyée par les Pays-Bas alors que cet État membre n'était pas encore doté d'un régime national de contrôle des concentrations.

L'arrêt *Continental Can* de la CJUE a quant à lui posé le principe, en 1973, alors qu'il n'existait pas de contrôle des concentrations au niveau européen, « *qu'est* [...] *susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante* ». L'adoption du règlement européen sur les concentrations en 1989 a fait perdre à l'arrêt *Continental Can* une bonne part de son intérêt pratique, sans remettre en cause son applicabilité de principe, puisqu'il mentionne à son considérant 7 que « *[l]es articles [101] et [102 TFUE], tout en étant applicables,* [...] *ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations de concentrations qui risquent de se révéler incompatibles avec [un] régime de concurrence non faussé* ».

Le débat sur les « *killer acquisitions* », déjà en toile de fond en septembre 2017 à la conférence de l'APDC où a été lancé le premier ballon d'essai sur l'article 22 et *Continental Can*, va continuer à se développer entre 2018 et 2020, dans la littérature académique ou dans des forums tels que l'OCDE, avec un focus sur les secteurs pharmaceutiques et du numérique.

Il va trouver sa première traduction opérationnelle par l'envoi le 25 juin 2018 d'une notification de griefs par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence à la société TDF, où il lui était reproché d'avoir abusé de sa position dominante en ayant pris le contrôle de son concurrent Itas, dans la droite ligne de l'arrêt *Continental Can*.

Le collège de l'Autorité ne suivra cependant pas les services d'instruction et prononcera un non-lieu dans sa décision 20-D-01 du 16 janvier 2020, en considérant en substance qu'il « *y a lieu de considérer que l'adoption d'un dispositif de contrôle des concentrations au niveau de l'Union européenne a,* de facto*, rendue obsolète l'application de la jurisprudence Continental Can* ».

Cette analyse, contestée par le saisissant Towercast, fait alors l'objet d'une question préjudicielle posée à la CJUE par la cour d'appel de Paris. Dans l'arrêt *Towercast* du 16 mars 2023 qui en résulte, la CJUE dit pour droit que le règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations ne saurait faire obstacle à ce qu'une opération de concentration dépourvue de dimension communautaire soit soumise à un contrôle par les autorités et juridictions nationales de la concurrence, sur le fondement de l'effet direct de l'article 102 TFUE, en recourant à leurs propres règles de procédure. Cinq jours plus tard, le 21 mars, l'auditeur général de l'Autorité belge de concurrence ouvrait une instruction d'office pour déterminer si la concentration entre Proximus et EDPnet constituait un abus de position dominante.

Par la suite, tout en prononçant un non-lieu sur l'affaire, l'Autorité de la concurrence a étendu dans sa décision dite « équarrissage » (24-D-05 du 2 mai 2024) la portée de l'arrêt *Towercast*, qui concernait l'article 102, à l'article 101, ce dernier ayant, comme l'avait rappelé l'avocate générale Kokott dans ses conclusions sous l'arrêt *Towercast*, un effet direct au même titre que l'article 102.

En parallèle, le débat sur l'utilisation de l'article 22 « sous les seuils » a connu à son tour une traduction opérationnelle. Dans sa décision *Towercast* de 2020, tout en rejetant l'application de l'article 102 à une concentration « sous les seuils », l'Autorité appelait à une évolution de la doctrine d'emploi de l'article 22 : une « *opération de concentration qui n'atteindrait pas les seuils définis à l'article 1er du règlement n° 139/2004 peut être renvoyée à la Commission lorsque les conditions prévues à l'article 22 du règlement précité sont remplies et ce, alors même qu'elle ne serait pas soumise à une notification obligatoire au regard des dispositions du code de commerce* ».

Un an plus tard, le 19 février 2021, la Commission a adressé aux États membres et aux autres États parties à l'accord EEE, en application de l'article 22, paragraphe 5, du règlement 139/2004, une lettre les informant de l'opération de concentration Illumina/Grail, dans le secteur des tests médicaux, et les invitant à lui soumettre une demande de renvoi. Le 9 mars, l'Autorité de la concurrence renvoie l'examen de l'opération, non contrôlable en France, à la Commission. Cinq États membres se joignent ensuite à la demande de la France. Parallèlement, le même mois, la Commission modifie sa Communication sur les renvois pour l'adapter à sa nouvelle politique de mise en œuvre de l'article 22.

Après de nombreuses péripéties, la CJUE finit par mettre fin à l'usage des renvois article 22 pour appréhender les « *killer acquisitions* » sous les seuils. Le 3 septembre 2024, à la suite d'une « *interprétation littérale, historique, contextuelle et téléologique du règlement sur les concentrations* », elle annule les décisions par lesquelles la Commission a accueilli des demandes d'autorités nationales de concurrence visant à faire examiner le projet de concentration, ainsi que les décisions subséquentes de la Commission.

La voie de l'article 22 étant fermée, il reste donc la voie de l'insubmersible arrêt *Continental Can*, remis au goût du jour par l'arrêt *Towercast*.

Celui-ci a l'avantage de permettre de traiter, de manière ciblée, les opérations les plus problématiques ; les autorités de concurrence ne sont plus aussi démunies que lorsque le débat a été lancé, au tout début de mon mandat en 2017. Même si l'usage de *Continental Can* ne pourra pas être systématique ou massif, ne serait-ce qu'en raison de la plus grande lourdeur et longueur de la procédure antitrust par rapport à une procédure de contrôle des concentrations, l'existence de cette possibilité devrait avoir un effet disciplinant sur les marchés, les entreprises devant prendre en compte ce paramètre dans leur évaluation du risque.

"La voie de l'article 22 étant fermée, il reste donc la voie de l'insubmersible arrêt Continental Can*, remis au goût du jour par l'arrêt* Towercast*."*

Un système reposant exclusivement sur les articles 101 et 102 présente cependant certains inconvénients.

L'Autorité ne peut intervenir qu'*ex post* ; parfois l'intégration de la cible aura déjà eu lieu et il ne sera pas possible de revenir à l'état antérieur. Comme disent les anglo-saxons : « *You can't unscramble the eggs* ». C'est la situation à laquelle l'Autorité a été confrontée dans sa première décision appliquant l'article 102 à une concentration (25-D-06 du 6 novembre 2025, Doctolib).

La CJUE a déduit de l'article 21 du règlement 139/2004 sur les concentrations que le règlement (CE) n° 1/2003 n'était pas applicable dans une telle configuration. Cela emporte une double conséquence. D'une part, en l'absence de règlement de procédure applicable, la Commission ne peut pas appliquer *Continental Can*, qui demeure l'apanage des seuls États membres. D'autre part, les mécanismes de coordination et de coopération prévus aux articles 11 à 16 du règlement n° 1/2003 ne sont pas applicables, ce qui pourrait conduire à un risque de fragmentation du droit de l'Union, même si une coopération informelle peut permettre de mitiger ce risque.

Enfin, le système crée incontestablement une certaine insécurité juridique pour les entreprises. Pendant les 5 ans suivant la réalisation de l'opération (l'Autorité ayant tranché dans sa décision *Doctolib* en faveur de la qualification d'infraction instantanée – ou permanente – et non continue), une épée de Damoclès continue de peser sur la concentration.

Dès 2017, l'Allemagne et l'Autriche ont complété leurs seuils de contrôle traditionnels, exprimés en chiffre d'affaires, par un seuil fondé sur la valeur de la transaction, dans le but d'appréhender les « *killer acquisitions* ». Dans le même temps une petite dizaine d'États membres a créé, renforcé ou envisage un système d'évocation (« *call-in powers* »), leur permettant d'attraire des opérations sous les seuils susceptibles de porter une atteinte significative à la concurrence.

L'Autorité de la concurrence a mené deux consultations publiques, en 2017 et 2018, examinant différentes options. À l'issue de ces consultations, sans écarter la possibilité de légiférer ultérieurement, elle avait considéré que le recours à l'article 22 du règlement concentrations constituait une solution pertinente à droit constant.

À la suite de l'arrêt *Illumina/Grail*, qui est venu fermer cette voie procédurale en septembre 2024, l'Autorité a relancé une consultation en 2025, à l'issue de laquelle, tout en rappelant la possibilité d'un contrôle *ex post* sur le fondement des arrêts *Continental Can* et *Towercast*, elle semble incliner vers un système de *call-in* sur le modèle, par exemple, de l'Italie ou de la Suède.

La difficulté d'un tel système est qu'il implique de fixer des critères suffisamment clairs pour garantir une relative sécurité juridique aux entreprises, mais aussi suffisamment souples pour permettre d'appréhender des configurations de marché très différentes. C'est un équilibre difficile à trouver.

Une alternative, qui avait certes été écartée par l'Autorité en 2018, serait de revisiter l'ordonnance de 1986 et son système de notification facultative avec un seuil en parts de marché, à l'époque relativement bas (25 %). La Slovénie a adopté un tel système, avec un seuil élevé (60 %).

Ce système n'est certes pas sans défauts, mais les faiblesses identifiées dans les années 1990 sont aujourd'hui mitigées : une pratique décisionnelle abondante, en France et en Europe, a délimité de nombreux marchés pertinents, et l'accès à l'information économique est aujourd'hui beaucoup plus facile qu'à l'époque.

"La difficulté d'un [système d'évocation] est qu'il implique de fixer des critères suffisamment clairs pour garantir une relative sécurité juridique aux entreprises, mais aussi suffisamment souples pour permettre d'appréhender des configurations de marché très différentes."

Cette option vintage – comme l'était l'arrêt *Continental Can* avant l'arrêt *Towercast* – et qui, avec ses limites, a fait ses preuves pendant 15 ans, me semblerait digne d'examen.

Le sujet des « *killer acquisitions* », qui a accompagné mes huit années de mandat en tant que rapporteur général, n'est donc pas clos, mais on ne peut que constater que l'Autorité, héritière du Conseil de la concurrence de 1986, a joué un rôle moteur dans ces débats qui ont refaçonné le droit des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles en Europe.