
**CONTRIBUTION A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LES MODALITES
D'INTRODUCTION D'UN SYSTEME DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS
SUSCEPTIBLES DE PORTER ATTEINTE A LA CONCURRENCE ET NE FRANCHISSANT
PAS LES SEUILS DE NOTIFICATION EN VIGUEUR**

L'Autorité de la concurrence a fait part, le 14 janvier dernier, de sa volonté de réformer les seuils de contrôle en droit des concentrations, et plus précisément d'introduire des nouveaux seuils permettant d'examiner des opérations de concentrations sous les seuils actuels de contrôle, mais qui seraient susceptibles de poser des problèmes de concurrence.

Plus précisément, aux termes de sa 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, l'Autorité de la concurrence envisagerait trois options différentes aux fins d'appréhender les opérations visées :

- **Option n° 1 – Un pouvoir d'évocation de l'Autorité sur la base de critères quantitatif et qualitatif (1.) ;**
- **Option n° 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) (2.) ;**
- **Option n° 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 (3.).**

1. SUR L'OPTION N° 1 D'INTRODUIRE UN POUVOIR D'EVOCATION DE L'AUTORITE SUR LA BASE DE CRITERES QUANTITATIF ET QUALITATIF

L'Autorité de la concurrence 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* ».

La mise en place d'un tel mécanisme soulèverait cependant un certain nombre de préoccupations et de difficultés, à savoir notamment :

1°/ Des enjeux de lisibilité de la loi dans l'analyse de la contrôlabilité d'une opération de concentration : A ce jour, si une dizaine d'Etats en Europe ont adopté un mécanisme de pouvoir d'évocation, les conditions dudit mécanisme diffèrent grandement d'une législation à une autre.

En effet, certains Etats n'usent que d'un critère qualitatif (l'Irlande et la Norvège s'en tiennent au critère du soupçon de risque anticoncurrentiel) tandis que d'autres combinent ce critère avec le critère quantitatif du dépassement du seuil national en chiffre d'affaires du droit commun des concentrations (l'Italie et la Suède par exemple).

S'agissant du critère quantitatif, certains Etats préfèrent un autre seuil en chiffre d'affaires, inférieur à celui du droit commun (c'est la solution de la Hongrie et du Danemark) ou même un seuil fondé sur une autre donnée (les parts de marché pour la Slovénie). En outre, la Norvège et la Suède adossent leurs critères d'application à la présence de l'entreprise sur une liste prédéfinie.

Si la France devait également adopter un mécanisme similaire, cela ajouterait un niveau d'analyse complémentaire, suivant une logique non nécessairement identique à celles qui peuvent exister dans d'autres Etats. Ceci complexifierait donc l'analyse pour des entreprises ayant des projets de croissance externe.

2°/ Des enjeux de sécurité juridique : Le mécanisme envisagé soulève également des enjeux de sécurité juridique, en ce qu'il permettrait à l'Autorité de la concurrence d'exercer un contrôle *ex post*. Le projet de consultation de l'Autorité évoque fort heureusement un encadrement dans le temps de ce pouvoir d'évocation, sans plus de précision pour autant.

Cette question de l'endrement temporel de ce pouvoir est cruciale pour la sécurité juridique des opérateurs économiques. En effet, les opérations de concentration, pourtant non-notifiables en vertu des seuils de droit commun, pourraient se voir soumises à un contrôle notamment après leur réalisation. A cet égard, il importe de déterminer précisément à partir de quand court le délai encadrant ce pouvoir. Si c'est à partir de la « *connaissance par l'Autorité de l'opération* » par exemple, à partir de quand peut-on raisonnablement estimer que l'Autorité a eu connaissance de l'opération en cause ? Un tel seuil glissant est problématique alors qu'un point de départ fixe serait préférable.

C'est par exemple le cas de l'Italie qui permet l'usage du pouvoir d'évocation tant avant la date d'entrée en vigueur des dispositions que dans les six mois suivant la date du *closing*¹.

Cette possibilité de contrôle *ex post* présente pour les entreprises une grande instabilité, d'autant que son déclenchement pourrait être lié au dépassement d'un seuil objectif mais également à un critère subjectif de menace d'affectation significative de la concurrence, relevant de la seule appréciation de l'Autorité. Contrairement à la solution de l'application *ex post* du droit des pratiques anticoncurrentielles aux concentrations, qui s'appuie sur la caractérisation d'une telle pratique, la mise en œuvre du pouvoir d'évocation revêt par essence un aléa très fort...

De manière générale, si ce pouvoir d'évocation s'étendait notamment sur une période postérieure au *closing*, ses incidences seraient extrêmement néfastes pour le cours des affaires. En effet, le risque de voir une opération finalisée être soumise à des modifications, voire être annulée, serait très préjudiciable pour les opérateurs économiques.

3°/ Des enjeux de réflexion et de mise en balance quant à la pertinence et opportunité d'un tel mécanisme de complexification : Peu d'Etats ayant prévu un pouvoir d'évocation au profit de l'autorité nationale de concurrence publient des statistiques sur son utilisation. Néanmoins, la Suède a publié les statistiques de son activité de contrôle des concentrations entre 2019 et 2023². Il ressort que sur 472 notifications d'opération de concentrations, seules 2 d'entre elles l'ont été après usage du pouvoir d'évocation de l'autorité nationale de concurrence suédoise (en 2020 et 2023, ce qui représente 0,42% des cas).

Concernant l'Italie, le pouvoir d'évocation a été utilisé seulement 10 fois entre son introduction en décembre 2022³ et octobre 2024, pour 174 opérations de concentration contrôlées⁴. Le pouvoir a donc également été peu utilisé (dans environ 5% des cas). En outre, seuls trois cas ont entraîné une phase d'examen approfondi et une affaire (NVIDIA/Run:ai) a donné lieu à une demande de renvoi à la Commission au titre de l'article 22 du règlement 139/2004.

Se pose dès lors nécessairement la question de la pertinence et de l'opportunité d'introduire un tel mécanisme, qui *i*) complexifie grandement l'analyse, *ii*) n'est que très rarement activé, et *iii*) n'aboutit pas nécessairement à l'identification de véritables problématiques de concurrence ainsi qu'il ressort des exemples italiens et suédois.

1 Article 16 1 bis de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 (Italie)

2 Sweden Competition Committee, Annual Report on Competition Policy Developments in Sweden, 2023, published by OECD, Competition committee, page 8, table 1.

3 Etienne Chantrel, Quelle sécurité juridique pour les opérations de concentration sous les seuils après Illumina/Grail ?, BRDA, n°2/2025, paragraphe 43.

4 AGCM - Autorité italienne de la concurrence.

4°/ Le seuil de valeur de transaction que l'on retrouve en Allemagne notamment, ne serait pas opportun, dans l'hypothèse où l'Autorité songerait à un critère de ce type : Le modèle allemand prévoit quant à lui un seuil alternatif aux seuils de droit commun (chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par les entreprises concernés supérieur à 500 millions, au moins une des entreprises susvisées réalise sur le territoire national un chiffre d'affaires de plus d'un million d'euros, et une autre participante à l'opération réalise individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 17,5 millions d'euros)⁵.

Ce seuil alternatif est mis en œuvre au cas où les deux premiers seuils évoqués sont dépassés mais pas le troisième. Pour que l'opération de concentration soit contrôlée, il faut alors que la valeur de la transaction soit supérieure à 400 millions d'euros et que l'entreprise à acquérir exerce une part importante de ses activités sur le territoire national⁶.

L'utilisation d'un tel critère est promue par le rapport Draghi alors qu'il présente pourtant de nombreux écueils. L'Autorité l'avait ainsi écarté au vu du risque de se voir submergée par des notifications d'opérations sans enjeu concurrentiel, d'instaurer un climat d'incertitude quant à l'obligation de notifier ou encore de créer un « effet de seuil ». Margrethe Verstager a également souligné l'inadéquation du mécanisme dans son discours du 6 septembre 2024, les concentrations sous les seuils de droit commun connaissant souvent une faible valeur de transaction.

La pratique allemande et autrichienne révèle en outre une difficulté de quantification de la valeur de transaction. Les autorités nationales de ces deux Etats ont notamment publié des lignes directrices en janvier 2022, relatives à l'article 35 paragraphe 1a de la loi sur la concurrence et à l'article 9, paragraphe 4, de la loi sur les cartels, pour expliciter ce régime complexe. A titre d'illustration, plus de quinze pages sont consacrées à la seule détermination de la valeur de la transaction (la notion et la méthode d'évaluation)⁷.

5 Bundeskartellamt, Fiche d'information sur le contrôle des concentrations en Allemagne, mise à jour – août 2022, II 1

6 Bundeskartellamt, Fiche d'information sur le contrôle des concentrations en Allemagne, mise à jour – août 2022, II 1.

7 Bundeskartellamt & Bundeswettbewerbsbehörde, Guide – Seuils de valeur de transaction pour l'obligation de notification de projets de concentration (article 35, paragraphe 1a, de la loi sur la concurrence et article 9, paragraphe 4, de la loi sur les cartels), janvier 2022

2. SUR L’OPTION N° 2 D’INTRODUIRE UN SEUIL D’EXISTENCE D’UNE DECISION ANTERIEURE DE L’AUTORITE DE LA CONCURRENCE OU DE LA COMMISSION EUROPEENNE I) D’INTERDICTION OU D’AUTORISATION AVEC ENGAGEMENTS EN CONTROLE 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 A LA CONCENTRATION A ETE DESIGNEE CONTROLEUR D’ACCES PAR LA COMMISSION EUROPEENNE EN VERTU DU REGLEMENT EUROPEEN SUR LES MARCHES NUMERIQUES (DMA)

La deuxième option proposée par l’Autorité de la concurrence consisterait en 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 d’interdiction ou d’autorisation avec engagements en contrôle des concentrations, ou de sanction ou d’engagements en pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du code de commerce, ou 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 mise en place d’un tel seuil soulèverait cependant un grand nombre de préoccupations et de difficultés, à savoir notamment :

1°/ Des difficultés de mise en place et d’interprétation : Un tel seuil soulève de nombreuses difficultés d’interprétation, notamment sur la question de savoir comment traiter les concentrations concernant des entreprises pour lesquelles, au sein de leur Groupe d’appartenance, une entreprise aurait déjà fait l’objet d’une telle décision préexistante. Dans une telle hypothèse, la condition serait-elle réunie ?

2°/ Un risque de notification excessive et de contrôle d’opérations ne présentant aucun risque pour la concurrence : Un tel seuil risque par ailleurs d’engendrer la notification systématique à l’Autorité d’opérations ne présentant aucun risque particulier pour la concurrence. En effet, au cours des quinze dernières années notamment, de très nombreuses opérations ont été autorisées avec engagements – ce qui confirme le risque de notification excessive d’opérations de concentration.

Si l’on prend notamment des opérations de concentration dans le secteur du commerce de détail, qui sont analysées sur des marchés géographiques locaux, il n’est pas rare que des engagements de cession notamment soient pris. De telles décisions sont-elles des décisions préexistantes au sens de cette option, alors même qu’est évoqué dans cet exemple des engagements de cession ? Ou cette option vise-t-elle exclusivement – en ce qui concerne les décisions préexistantes d’engagements en contrôle des concentrations – des décisions comportant des engagements comportementaux s’inscrivant dans le temps ?

3°/ Des enjeux de création d’une situation de rupture d’égalité entre concurrents : En outre, cette obligation de notification préalable systématique pesant sur les entreprises désignées risquerait d’entraîner une rupture d’égalité entre les différents acteurs du marché.

En effet, lors l'acquisition d'une entreprise, l'obligation de notifier une opération de concentration à l'Autorité ou à la Commission peut constituer l'un des critères de compétitivité différenciant les candidats au rachat. Aussi, les entreprises qui seraient soumises à une obligation de notification systématique de leurs projets de notification se verraient affublées d'une perte de compétitivité face à leur concurrent. Le cédant risque de privilégier systématiquement un autre acheteur, l'obligation de notifier l'opération allongeant significativement la durée de l'opération et engendrant un risque juridique. Cette option pourrait ainsi créer une situation de rupture d'égalité entre entreprises.

4°/ Des enjeux d'encadrement temporel d'un tel seuil : Les marchés (et les définitions de marchés pertinents) sont mouvants et les positions dominantes sur ces marchés sont évolutives, de sorte qu'il conviendrait de préciser les décisions pouvant fonder l'obligation de notification. Il est probable qu'une décision remontant à plus de 10 ans ne reflète plus de manière exacte la définition des marchés pertinents et leur structure – et donc qu'une éventuelle décision de condamnation ancienne n'ait plus aucune réalité économique aujourd'hui. Il est dès lors crucial de déterminer l'encadrement temporel qui serait retenu, et dans quelle mesure une entreprise peut demander à sortir de la liste des entreprises soumises à une notification systématique.

5°/ Le désaveu suisse d'un système comparable confirme toute l'impertinence d'un tel seuil dans l'arsenal législatif français : Dans son évaluation de la loi sur les cartels, le Conseil fédéral suisse a indiqué, dans une observation générale sur son droit des concentrations, que ce seuil présente des carences et qu'une harmonisation avec le régime de l'Union Européenne serait souhaitable. Il apparaît alors que la Suisse ne semble pas être satisfaite de son modèle de contrôle des concentrations, ce qui remet fortement en cause la pertinence de la mise en place en France d'un tel mécanisme.

3. SUR L'OPTION N° 3 DE LIMITATION DE L'INTERVENTION POSSIBLE DE L'AUTORITE A LA MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIONS EN MATIERE DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES (ENTENTE, ABUS DE POSITION DOMINANTE) POSTERIEUREMENT A LA REALISATION DES OPERATIONS DE CONCENTRATION CONCERNEES

Le recours au droit des ententes et des abus de position dominante en vue de contrôler postérieurement à leur réalisation des opérations non notifiables fait l'objet d'une actualité récente (CJUE, 16 mars 2023, C- 449/21, Towercast pour 102 TFUE et ADLC, décision 24-D-05 du 02 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, pour 101 TFUE). Il convient cependant d'être prudent quant à une généralisation de tels contrôles jurisprudentiels.

Autant l'application du droit des ententes ou des abus de position dominante au comportement ultérieur d'entreprises ayant fait l'objet d'une opération de concentration se comprend aisément, autant le contrôle d'opérations de concentration non notifiables par le biais du droit des ententes et de l'abus de position dominante apparaît problématique. Il porte en effet là encore atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité du droit de la concurrence.

Il convient de mettre en balance l'impératif de sécurité juridique et de prévisibilité qui est indispensable pour inciter les entreprises à agir et à créer de la valeur et les gains très limités de telles formes de contrôle.