

**RÉPONSE À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'AUTORITÉ DE LA
CONCURRENCE SUR L'INTRODUCTION D'UN SYSTÈME DE
CONTRÔLE
DES CONCENTRATIONS POUR LES OPÉRATIONS
SOUS LES SEUILS DE NOTIFICATION**

13 février 2025

1. INTRODUCTION

- 1.1 Le Cabinet CARBONNIER LAMAZE RASLE & ASSOCIÉS (“CARLARA”) se félicite de pouvoir répondre à la consultation publique de l’Autorité de la concurrence (“l’Autorité”) sur l’introduction d’un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification
- 1.2 Cette réponse est basée sur notre expérience significative de conseil auprès d’une grande variété de clients sur un large éventail de questions et d’enquêtes en matière de concentrations.
- 1.3 Cette réponse est soumise au nom du cabinet et ne représente pas nécessairement le point de vue des clients du cabinet. De même, elle ne représente pas nécessairement, à tous égards, les opinions personnelles de chaque associé du cabinet.

2. RÉSUMÉ

- 2.1 Très encadrée, la procédure de notification d’une opération de concentration peut s’avérer longue et complexe pour les entreprises. D’ailleurs, la réduction de la charge administrative est « *une priorité à l’échelle de la Commission* », comme l’illustrent les nouvelles règles visant à simplifier le contrôle des concentrations adoptées par la Commission européenne le 20 avril 2023 et entées en vigueur le 1^{er} septembre 2023.
- 2.2 Toute mise à jour ou réforme des règles en matière de contrôle des concentrations doit tenir compte non seulement de la nécessaire sécurité juridique (*e.g.* principes clairs), mais également de la charge administrative induite pour les entreprises.
- 2.3 Traditionnellement, les opérations de concentrations sont soumises à un régime d’autorisation préalable « *ex ante* » : lorsque les entités concernées dépassent certains seuils de chiffre d’affaires, le projet doit être notifié aux autorités nationales de concurrence ou à la Commission européenne pour approbation. Ce système repose sur l’idée que les opérations de moindre envergure n’ont généralement pas d’impact significatif sur la concurrence. Jusqu’à récemment, cette procédure d’autorisation préalable était la seule méthode de contrôle des concentrations.
- 2.4 Cependant, ce système a révélé ses limites. Depuis le milieu des années 2010, des indices ont remis en question l’idée selon laquelle la taille des entreprises est un bon indicateur des problèmes concurrentiels potentiels. Le consensus a évolué rapidement,

nécessitant une réévaluation des critères de contrôle des concentrations.

- 2.5 Depuis plusieurs années, l'Autorité s'inquiète, en effet, de l'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. Ces inquiétudes sont particulièrement vives dans les secteurs très innovants comme le numérique, la pharmacie et les technologies médicales.
- 2.6 Ainsi par un arrêt du 16 mars 2024, la CJUE a réhabilité le contrôle « ex post », au motif d'un possible abus de position dominante, des opérations de concentration passant sous les seuils européens et nationaux.
- 2.7 Ces opérations impliquant des entreprises à faible chiffre d'affaires, mais à fort potentiel concurrentiel, échappent à tout examen. Les acquisitions prédatrices, où des entreprises établies et puissantes prennent le contrôle de jeunes entreprises prometteuses pour les éliminer de la concurrence et renforcer leur position sur le marché, préoccupent les autorités.
- 2.8 Dans cette logique, tirant les conséquences de l'arrêt Illumina/Grail de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 septembre 2024, l'Autorité s'est engagée à identifier les moyens existants ou nécessaires pour s'assurer qu'aucune concentration, même non soumise à une notification préalable, ne porte atteinte à la concurrence sur le territoire français.
- 2.9 Si cette réflexion de l'Autorité semble, ainsi, bienvenue pour préserver la concurrence, la sécurité juridique impose de définir des règles précises.
- 2.10 En tout état de cause, si l'Autorité devait mettre en place l'une quelconque des trois options qu'elle propose, il sera indispensable de définir précisément (i) les cas de figure concernés, (ii) les modalités de mise en œuvre et (iii) les droits des entreprises concernées.
- 2.11 Ainsi l'Autorité de la concurrence a lancé une consultation publique pour explorer les modalités d'introduction d'un système de contrôle des concentrations sous les seuils de notification. Les options envisagées incluent :
- (a) **Un pouvoir d'évocation ciblé** : un dispositif d'évocation par l'Autorité basé sur des critères quantitatifs et qualitatifs.
 - (b) **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.
 - (c) **Une limitation des interventions** : limiter les interventions de l'Autorité aux pratiques anticoncurrentielles (entente et abus de position dominante).

2.12

Ces trois modalités s'articulent, notamment, autour de deux notions clés : la préservation de la sécurité juridique pour les opérateurs en miroir avec les gains pour la concurrence et la protection des consommateurs.

Au regard des arguments exposés ci-après, il nous apparaît que l'option n°2 semble être la plus favorable des trois quand même elle présente des défauts majeurs (insécurité juridique ; équité et efficacité du contrôle des concentrations ? coûts pour les entreprises ; surcharge de travail pour l'Autorité).

3. RÉPONSE À LA CONSULTATION

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

- 3.1 L'Autorité semble s'interroger sur les risques anticoncurrentiels susceptibles d'échapper à son contrôle en raison des seuils actuels de notification. La mise en place d'un pouvoir d'auto-saisine pourrait constituer une réponse adaptée pour cibler les opérations impliquant des entreprises à fort potentiel de croissance, mais ne franchissant pas ces seuils.
- 3.2 Ce pouvoir d'évocation serait basé sur des critères quantitatifs et qualitatifs présentant l'avantage de cibler les opérations de concentration susceptibles d'échapper aux seuils traditionnels. En effet, le critère quantitatif se rapporte aux seuils et le critère qualitatif se rapporte à une menace d'affectation significative de la concurrence.
- 3.3 Il nous semble que cette approche, grâce à ces critères, permettrait une meilleure prise en compte des spécificités sectorielles, notamment dans les secteurs technologiques et innovants.
- 3.4 En effet, la lettre de mission du 17 septembre 2024 de la présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, à la vice-présidente Teresa Ribera Rodriguez, souligne la nécessité de lutter contre les « *acquisitions prédatrices* » de petites entreprises innovantes par des entreprises extra-européennes.
- 3.5 Toutefois, ce dispositif induit une insécurité juridique pour les entreprises concernées, lesquelles pourraient être obligées de notifier leur concentration, alors même qu'aucun seuil n'a été dépassé, engendrant des coûts inattendus et imprévisibles ; en même temps qu'une potentielle remise en cause de l'opération.

- 3.6 L'observateur averti notera qu'un tel aléa serait encore plus difficile à gérer pour les petites entreprises et les start up sans les ressources nécessaires pour prévoir ou gérer ces nouvelles exigences. Cette injonction inattendue serait de nature à entraîner une diminution des investissements.
- 3.7 Ainsi, les coûts directs (fonctionnement de l'administration publique et conséquences des procédures pour les opérateurs) et indirects (restriction de la liberté) pourraient être particulièrement élevés.
- 3.8 À ce titre, il serait souhaitable que l'injonction de notification soit encadrée dans le temps ou, à tout le moins, que l'Autorité puisse tout mettre en œuvre pour se saisir le plus rapidement possible.
- 3.9 De plus, afin de garantir une application homogène et proportionnée de ce pouvoir, il serait indispensable de faire intervenir le législateur ou de développer des lignes directrices précises. Ces dernières devraient définir les critères d'évocation avec une clarté suffisante pour permettre aux entreprises d'anticiper les situations où elles pourraient être concernées.
- 3.10 Selon nous, il serait souhaitable que les lignes directrices s'appliquent à chaque cas de concentration, ou, à tout le moins, à une liste précise et préalablement constituée des secteurs concernés.
- 3.11 Néanmoins, cela représente un enjeu de taille au regard de la spécificité de chaque domaine et au regard de l'évolution technologique qui pourrait rendre rapidement ces lignes directrices obsolètes et non applicables.
- 3.12 En effet, la vitesse des innovations, notamment dans les secteurs que l'Autorité souhaite prendre en compte, est telle, qu'elle pourrait passer à côté de concentrations ne répondant plus aux critères initialement fixés.
- 3.13 De plus, la difficulté résiderait également dans le fait de définir les secteurs dits « innovants », puisque - en effet - sommes-nous certains du périmètre du « secteur du numérique », alors que de plus en plus de sociétés gravitent dans le secteur « digital » ?
- 3.14 En tout état de cause, il nous apparaît que l'efficacité de ce dispositif repose sur la capacité de l'Autorité à maintenir des critères adaptés aux réalités économiques et technologiques. Sans un travail de définition hautement précis et nécessairement évolutif, afin de tenir des évolutions dans les secteurs dits « innovants », ce pouvoir d'évocation pourrait (i) s'avérer insuffisant pour traiter les risques concurrentiels issus des concentrations sous les seuils de notification obligatoire et (ii) source d'insécurité juridique manifeste.
- 3.15 Subsidiairement, à ce stade, l'Autorité n'a toujours pas précisé le seuil choisi ; dès lors, il n'est pas possible de se positionner clairement sur cette 1^e option.

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)

- 3.16 Au travers de cette deuxième hypothèse de réflexion, l'Autorité souhaite rendre obligatoire la notification préalable d'une opération de concentration lorsque (i) l'une des entreprises concernées a été désignée contrôleur d'accès par la Commission européenne en vertu du règlement européen sur les marchés numériques ou (ii) lorsque l'une des entreprises concernées a fait l'objet d'une décision :
- (a) d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations
 - (b) de sanction ou d'engagements en pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 102 TFUE ou L 420-2 du code de commerce
- 3.17 Cette option présente l'avantage de renforcer le contrôle sur les entreprises les plus pertinentes, précédemment identifiées, qui sont à ce titre, susceptibles de mener des opérations ayant des effets anti concurrentiels.
- 3.18 Contrairement à la 1^e option, celle-ci a le mérite de prendre en compte un paramètre important, déjà confirmé par une décision définitive de l'Autorité, à savoir la reconnaissance d'une position dominante.
- 3.19 Ce modèle existe déjà chez nos voisins Suisses, où la Commission Suisse de la concurrence impose qu'un projet de concentration soit notifié si l'une des entreprises concernées était considérée comme dominante, au moment de la signature du projet, à la suite d'une décision définitive exécutoire. Toutefois, son avis n'est pas juridiquement contraignant pour les juges.
- 3.20 Selon plusieurs auteurs et praticiens, ce modèle n'est cependant pas parfait : le rapport coût/bénéfice du contrôle est défavorable. Les projets qui ne posent pas de problèmes en matière de droit de la concurrence doivent tout de même être annoncés. Cela augmente considérablement le travail de la Commission suisse et les coûts pour les entreprises, alors que les bénéfices de cet examen pour la concurrence restent modestes.
- 3.21 Sur ce modèle, il est fortement envisageable que l'Autorité en subirait les conséquences puisqu'un tel contrôle nécessite *in fine* une surcharge de travail, dont l'utilité pourrait être discutable compte tenu du nombre de projets de concentration sans impact anticoncurrentiel.
- 3.22 Pour nous, cette option présente également l'inconvénient d'une inégalité entre les différentes entreprises.

- 3.23 Un contrôle systématique des entreprises souhaitant mener à bien un projet de concentration, alors même qu'elles ne présentent aucun risque pour la concurrence, créerait une inégalité de traitement. En effet, d'autres entreprises, n'ayant jamais fait l'objet d'une telle décision, pourraient néanmoins représenter un risque avéré pour la concurrence en raison d'autres facteurs, sans pour autant avoir fait l'objet d'une décision de l'Autorité. Cette disparité remettrait en question l'équité et l'efficacité du contrôle des concentrations.
- 3.24 En tout état de cause, ce contrôle est pour nous un arbitrage entre coûts et gains pour la société. D'un côté, il engendre des coûts directs (fonctionnement des administrations, procédures pour les opérateurs) et indirects (restriction de liberté et perte de dynamisme économique) ; de l'autre il pourrait permettre de prévenir des opérations nuisibles à la concurrence ; garantissant, ainsi, un marché plus compétitif et protecteur pour les consommateurs.
- 3.25 Par ailleurs, il nous apparaît qu'une telle modalité de contrôle serait efficace si, à l'instar d'autres régimes européens, devaient être appliqués des seuils (chiffres d'affaires, parts de marché, valeur de transaction) pour en limiter le champ. Dans notre cas, le seuil retenu serait la taille des entreprises, validée par une décision de l'Autorité, car elle constitue un bon indicateur des risques concurrentiels.
- 3.26 Subsidiairement, cette 2^e option suscite des doutes évidents sur la sécurité juridique pour les entreprises. Sans plus de précisions, ce mécanisme envisagé par l'Autorité interroge quant aux opérations réalisées par des sociétés appartenant au même groupe de sociétés : quid du traitement, par l'Autorité, d'une opération de concentration par une société, mère ou filiale, qualifiée de gatekeeper ?

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

- 3.27 L'Autorité envisage une modalité optionnelle qui lui permettrait d'examiner, sous l'angle du droit des ententes, certaines opérations de concentration ne dépassant pas les seuils de notification. Cette solution viserait à élargir son champ d'intervention afin d'identifier et de traiter les risques concurrentiels liés à des opérations qui, bien que non soumises à une notification obligatoire, pourraient néanmoins nuire à la concurrence.
- 3.28 L'un des principaux atouts de cette proposition est qu'elle préserverait la simplicité du cadre juridique actuel. Elle éviterait d'introduire de nouvelles obligations de notification, réduisant ainsi la charge administrative pour les entreprises concernées.
- 3.29 De plus, elle garantirait une certaine stabilité réglementaire en limitant les modifications structurelles des règles applicables aux concentrations, tout en permettant un contrôle ciblé des opérations potentiellement problématiques.

- 3.30 À ce titre, l'Autorité a d'ailleurs eu l'occasion d'analyser une concentration, n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle ex ante, à l'aune des ententes. Elle a en réalité fait application de l'arrêt Towercast de la CJUE du 16 mars 2023.
- 3.31 Elle a, ainsi, considéré qu'au regard de la teneur et des objectifs des accords de concentration, ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, que les opérations de concentration n'ont pas d'objet anticoncurrentiel.
- 3.32 Néanmoins, selon notre lecture, cette approche souffre d'un manque d'efficacité préventive : en intervenant uniquement après la réalisation des opérations, elle ne permet pas d'anticiper et de prévenir en amont d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Or ces opérations de concentration peuvent avoir des effets durables sur les marchés, rendant leur contrôle a posteriori moins efficace et plus difficile à corriger. L'absence de contrôle préalable pourrait ainsi laisser place à des comportements dommageables pour la concurrence avant même que l'Autorité ne puisse intervenir.
- 3.33 Il nous semble, en effet, nécessaire de prioriser et d'encadrer d'avantage la phase avant la notification pour justement limiter les concentrations portant atteinte à la concurrence.
- 3.34 En tout état de cause, cette solution représenterait la simplicité, mais nous en venons à nous questionner sur sa réelle efficacité.
- 3.35 Cette 3^e option repose sur une entrave à la concurrence sur un marché ; nécessitant, dès lors, de définir le marché pertinent. Ainsi, la critique générale à l'égard de cette option est qu'elle entraîne une complexification du dossier (dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de décision antérieure sur la question).
- 3.36 Cette complexification s'accompagne, pour cette 3^e option également, d'une insécurité juridique au détriment des entreprises.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à nos sentiments les meilleurs.

Alban Currel