

16 février 2025

Commentaires de

ACT | The App Association
(Règlement sur la transparence N°
72029513877-54)

à

l'Autorité de la concurrence

concernant sa

Consultation sur l'introduction d'un système de
Contrôle des concentrations pour les opérations
sous les seuils de notification

Introduction et déclaration d'intérêt

ACT | The App Association (ci-après The App Association) se réjouit de l'occasion de soumettre des commentaires à la consultation de l'Autorité de la concurrence sur son cadre de contrôle des fusions.

The App Association est une association commerciale politique destinée à la **communauté des développeurs de technologies des petites entreprises**. Nos membres sont des entrepreneurs, des innovateurs et des développeurs indépendants au sein de l'écosystème mondial des applications qui s'engagent dans des segments verticaux de tous les secteurs. Nous travaillons avec et pour nos membres pour promouvoir un environnement politique qui récompense et inspire l'innovation tout en leur fournissant des ressources qui les aident à lever des capitaux, à créer des emplois et à continuer de construire une technologie incroyable. Aujourd'hui, l'écosystème que représente l'association des applications, que nous appelons l'économie des applications, est évalué à environ 86 milliards d'euros et est responsable de plus de 1,3 million d'emplois dans l'Union européenne (UE).¹

Position de The App Association sur la consultation de l'Autorité de la concurrence concernant la mise en place d'un cadre de contrôle des fusions

Le succès d'une startup ou d'une petite entreprise peut prendre diverses formes et être obtenu par différents moyens, y compris, mais sans s'y limiter, l'acquisition par une entreprise plus importante disposant des ressources et des connaissances nécessaires pour améliorer le produit et/ou rationaliser l'entrée sur le marché, ou encore une introduction en bourse, le tout au bénéfice des consommateurs finaux. L'acquisition est souvent la meilleure option pour les propriétaires d'entreprise et les consommateurs, car les introductions en bourse sont coûteuses et comportent des risques, ce qui réduit la probabilité que le consommateur en bénéficie. Les membres de l'Association des applications créent souvent leur entreprise en pensant qu'une fois leur idée concrétisée, celle-ci pourra être rachetée, ce qui leur permettra de développer de nouvelles activités. L'économie et les consommateurs ont énormément bénéficié de la liberté de combiner les nouveaux produits créés par les petites entreprises technologiques avec les ressources et les connaissances techniques et commerciales des entreprises qui ont ensuite acquis ces innovations. Une fusion qui contribue à fournir de meilleurs produits ou services aux consommateurs est souvent le résultat souhaité par une nouvelle petite entreprise et est souhaitable du point de vue de la politique de concurrence. Toute modification des cadres de contrôle des fusions aura des effets négatifs importants et à long terme sur la capacité des membres de l'Association des applications à innover et à faire concurrence sur le marché, ce qui affectera leur capacité à réaliser pleinement leur succès.

¹ Voir <https://actonline.org/wp-content/uploads/Deloitte-The-App-Economy-in-the-EU-2020.pdf>.

À cet égard, nous demandons instamment à l'Autorité de la concurrence de veiller à ce que tout nouveau cadre reconnaisse que les fusions et acquisitions sont un résultat naturel et souhaitable pour de nombreuses petites et moyennes entreprises (PME). Tout nouveau cadre devrait continuer à s'en remettre à une analyse économique approfondie comme fondement de tout examen ou application de la législation en matière de fusion. Diminuer le rôle de l'analyse économique ou l'éliminer entraînera de l'incertitude et nuira à la capacité des membres de l'Association des applications à réussir des fusions qui favorisent la concurrence. En réfléchissant à l'éventuel nouveau cadre de contrôle des fusions, il est essentiel que l'Autorité de la concurrence fonde tout changement sur le droit établi et sur des expériences et des effets bien démontrés. Le cadre de contrôle des fusions devrait éviter de prendre des décisions politiques fondées sur des cas particuliers ou des hypothèses qui ne reflètent pas la réalité de l'environnement commercial de nos membres.

Sur la base de ce qui précède, en ce qui concerne la définition du marché, nous notons que la définition du marché est un élément essentiel de l'évaluation des fusions. Nous sommes fermement convaincus qu'une définition du marché doit précéder toute détermination du pouvoir de marché et de l'abus, compte tenu des fondements des lois antitrust. Les facteurs à prendre en compte doivent inclure la substituabilité de l'offre et de la demande et la concurrence potentielle. Cette analyse de marché doit être fondée sur des données précises et factuelles.

Les mises à jour doivent intégrer une flexibilité qui reconnaît les aspects uniques des marchés numériques et de l'économie des applications. The App Association est fermement convaincue de la nécessité de prendre en compte les « marchés multilatéraux », en particulier dans l'économie numérique où les plateformes mettent en relation divers participants. Les marchés numériques d'aujourd'hui sont très complexes, impliquant une variété d'acteurs allant des plateformes en ligne massives aux sociétés de développement de logiciels unipersonnelles. Les marchés numériques nécessitent des définitions de marché nuancées qui vont au-delà des mesures de prix traditionnelles. Par exemple, de nombreuses applications fonctionnent dans des conditions non concurrentielles en termes de prix, souvent offertes gratuitement, mais elles créent néanmoins une valeur substantielle pour les consommateurs. De plus, nous pensons qu'une évaluation au cas par cas peut être nécessaire car tous les écosystèmes numériques ne correspondent pas à une approche de marché de l'après-vente ou de l'offre groupée, et ces évaluations devraient prendre en compte les effets de réseau, les coûts de commutation et les décisions d'hébergement unique ou multiple pour la définition du marché.

L'application appropriée de la législation antitrust aux plateformes numériques multilatérales nécessite une compréhension complète d'un marché et le fait de continuer à adopter des approches anciennes ou traditionnelles de la définition du marché risque de créer des définitions

de marché trop étroites. Les éléments autres que le prix, tels que l'utilisation prévue, les fonctionnalités du produit, la substitution hypothétique et les contraintes concurrentielles, ainsi que les coûts ou autres obstacles au changement (par exemple, l'interopérabilité ou les caractéristiques des licences) sont également pertinents sur les marchés multilatéraux. L'évaluation du comportement des clients en matière de changement de fournisseur en réponse à une « baisse de qualité faible, mais significative et non transitoire » (test SSNDQ, par opposition au test de l'augmentation faible, mais significative et non transitoire du prix [SSNIP]) semble également appropriée pour la définition du marché dans l'environnement des marchés multilatéraux.

En outre, nous encourageons une approche prudente d'une perspective *ex ante* qui cherche à prédire les conditions futures du marché sans preuve solide de distorsion du marché. Nous déconseillons l'adoption d'un cadre de contrôle des fusions pour les fusions inférieures au seuil, car cela risque d'imposer des charges réglementaires inutiles sans preuve évidente d'un préjudice concurrentiel. Les PME ont besoin de lignes directrices claires et prévisibles pour naviguer dans le processus de fusion et prendre des décisions commerciales éclairées. Nous encourageons vivement l'Autorité de la concurrence à maintenir une approche prudente, en veillant à ce que toute intervention soit étayée par une évaluation économique rigoureuse et que les PME ne soient pas affectées de manière disproportionnée par des règles qui ont été conçues pour les grandes entreprises.

Enfin, nous aimerions souligner notre récente [lettre](#), *Global Activists for Change: An Open Letter Regarding Recent International Trends in Competition Regulation (Militants mondiaux pour le changement : lettre ouverte concernant les tendances internationales récentes en matière de réglementation de la concurrence)*, dans laquelle nos membres soulignent la nécessité d'établir des cadres fondés sur des données probantes dans la réglementation des fusions.

Conclusion

En conclusion, bien que nous soutenions l'engagement de l'Autorité de la concurrence à promouvoir la concurrence, nous appelons à la prudence dans tous les changements liés aux interventions en matière de fusion. L'objectif doit rester de s'assurer que les interventions sont fondées sur des preuves et proportionnées aux risques réels posés par une fusion. Pour les petites entreprises, qui sont le moteur d'une grande partie de l'innovation dans l'économie numérique européenne, il est essentiel de maintenir la flexibilité nécessaire pour s'engager dans des fusions et acquisitions sans charges réglementaires inutiles. Nous encourageons l'Autorité de la concurrence à continuer à affiner ses orientations dans le but de favoriser, plutôt que d'étouffer, l'activité entrepreneuriale.

L'Association des applications reste à votre disposition pour vous fournir de plus amples informations et serait heureuse de pouvoir contribuer au développement de pratiques et de solutions qui abordent les questions de concurrence d'une manière qui bénéficie à tous les acteurs du marché, en particulier les PME innovantes.

Sincèrement,



Mike Sax
Fondateur et Président

Brian Scarpelli
Conseiller principal en politique mondiale

Maria Goikoetxea Gomez de Segura
Chargée de politique

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 hoc¹ 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.

* * *

¹ 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'actualité².

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.

² 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'opération³.

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 %⁴. Sur les marchés numériques, le taux serait plus proche de 1 sur 175⁵, 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

³ 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 »

⁴ Cunningham et al. 2021

⁵ 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 juridiques⁶.

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'autre⁷ 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 européen⁸.

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.

⁷ 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

⁸ 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 pays⁹, 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*

⁹ 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 entreprises¹⁰, il paraît indispensable que l'Autorité

¹⁰ 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'Europe¹¹, 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 européenne¹².

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

¹¹https://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. »

¹² <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.

§ § § §

Consultation publique de l'Autorité de la concurrence

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

Le 14 janvier 2025, l'Autorité de la concurrence (« **AdIC** ») a publié sur son site Internet une 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.

Cette consultation publique s'inscrit dans la continuité des précédents travaux menés par l'AdIC en 2017 et 2018 sur la modernisation et la simplification du contrôle des concentrations, et de l'arrêt de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire Illumina/Grail du 3 septembre 2024, dans lequel la Cour de justice a mis fin à la possibilité pour les autorités de concurrence nationales de renvoyer à la Commission pour examen des opérations de concentration qui ne franchissent pas les seuils de notification en vigueur sur le fondement de l'article 22 du Règlement 139/2004.

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.

L'opportunité de réviser le régime français du contrôle des opérations de concentration a retenu toute l'attention des entreprises de l'Afep.

Dans le cadre de cette consultation, l'AdIC envisage trois hypothèses distinctes :

- **La création d'un pouvoir d'évocation ciblé**, pour les opérations qui :
 - Franchissent un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France ; et,
 - Menacent d'affecter la concurrence de manière significative sur le territoire ;
- **L'introduction d'un nouveau critère de notification obligatoire pour certaines entreprises** qui :
 - Ont fait l'objet d'une décision d'interdiction ou d'autorisation sous conditions en matière de contrôle des concentrations ; ou,
 - Ont fait l'objet d'une décision de sanction ou d'engagements en matière d'abus de position dominante ; ou,
 - Ont été désignées contrôleur d'accès par la Commission européenne au titre du Règlement sur les marchés numériques ;
- **Sans modification du cadre juridique existant en France, limiter ses possibilités d'intervention aux opérations de concentration sous les seuils de notification nationaux à la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles** :
 - Postérieurement à la réalisation de l'opération ;
 - Dans la limite des délais de prescription.

A titre liminaire, les entreprises de l'Afep rappellent que compte tenu du caractère obligatoire et suspensif du contrôle des concentrations, et des lourdes sanctions qui y sont attachées, en France comme en Europe, **la définition de seuils fondés sur un critère objectif de chiffre d'affaires offre une sécurité juridique certaine aux entreprises dans l'appréciation de leurs obligations de notification d'une opération de concentration.**

Les moyens développés par les autorités de concurrence pour contrôler des opérations de concentration, sous les seuils de compétence, y compris a posteriori, réduisent significativement la sécurité juridique des entreprises dans l'analyse de leurs obligations de notification et la réalisation effective de leurs opérations de concentration – l'atteinte à la sécurité juridique étant un point fondamental de l'analyse de la Cour de justice dans l'affaire Illumina/Grail. Ils entraînent en outre des coûts significatifs pour analyser de manière préventive ces opérations et apprécier le risque d'une saisine a posteriori des autorités de concurrence.

Des contraintes importantes pèsent donc sur les entreprises au titre du contrôle des concentrations. Pourtant, les entreprises observent qu'en 2024, sur 295 opérations de concentration examinées par l'AdIC, 97% des décisions constituent des décisions d'autorisations sans engagements¹. Les opérations de concentration faisant effectivement peser des risques sur les marchés sont ainsi très limitées.

Par conséquent, si les grandes entreprises partagent l'objectif de l'AdIC d'identifier les moyens permettant de s'assurer qu'aucune concentration ne porte atteinte à la concurrence sur le territoire français, il convient de **développer un outil pertinent, raisonnable et proportionné au régime existant de contrôle des concentrations qui permette de contrôler le nombre très limité d'opérations de concentration qui pourraient avoir des effets anticoncurrentiels sur les marchés et qui sont aujourd'hui sous les seuils de notification, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique en entravant la réalisation des autres opérations de concentration sans effets anticoncurrentiels sur les marchés.**

En janvier 2024, le Président de l'AdIC a déclaré lors de ses vœux « *nous veillerons à assurer à la fois l'effectivité de notre action et une prévisibilité suffisante pour les acteurs économiques* »². Ces deux objectifs sont parfaitement partagés par les grandes entreprises, qui attendent un cadre réglementaire pragmatique, prévisible et stable.

Toute modification envisagée du cadre d'appréciation d'une opération de concentration doit donc impérativement être mise en balance avec les risques qu'elle fait peser sur les entreprises tant en termes de sécurité juridique, que de coûts, et d'attractivité de l'économie française y compris en prenant en considération le temps et les moyens mobilisés pour se conformer à de nouvelles obligations.

1. La création d'un pouvoir d'évocation ciblé

Les entreprises de l'Afep observent tout d'abord que cette nouvelle hypothèse envisagée par l'AdIC ne constituerait pas un nouveau critère de notification obligatoire mais uniquement un pouvoir d'évocation ciblé dont la mise en œuvre serait dans les mains des services de l'Autorité, qui pourrait l'actionner préalablement ou postérieurement à la réalisation des opérations de concentration.

Néanmoins, ce pouvoir d'évocation suscite de nombreuses interrogations et soulève des doutes sur son champ d'application.

¹ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/2024-année-historique-pour-l'autorité-de-la-concurrence-14-milliard-deuros-de>

² Cérémonie des vœux aux acteurs économiques, jeudi 18 janvier 2024, page 8.

Les grandes entreprises relèvent que **le premier seuil envisagé par l'Autorité dans cette hypothèse est particulièrement large, et embrasserait donc un nombre très important d'opérations de concentration.**

En effet, à la différence des seuils prévus à l'article L.430-2 du Code de commerce, **ce premier seuil fait uniquement référence à un chiffre d'affaires cumulé des parties à l'opération en France.** Dans cette hypothèse, les entreprises comprennent donc que quand bien même l'une des parties ne réaliserait absolument pas de chiffre d'affaires en France, mais que le seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France serait franchi par une unique entreprise, alors ce premier critère serait rempli.

En conséquence, ce premier critère pourrait notamment être rempli automatiquement dans les hypothèses suivantes :

- Acquisition par une grande entreprise française d'une cible à l'étranger ;
- Acquisition par une grande entreprise française d'une cible en France réalisant peu ou pas de chiffre d'affaires.

Ainsi, **ce premier critère de chiffre d'affaires cumulé en France pourrait être systématiquement rempli pour les grandes entreprises pour l'ensemble de leurs opérations de concentration quand bien même une opération n'aurait aucun effet sur le territoire national.**

Si l'objectif de l'AdIC est ici d'intégrer au contrôle des concentrations, des opérations portant sur des entreprises sans chiffre d'affaires, l'Afep observe cependant que ce critère porte en réalité sur l'acquéreur et non sur les caractéristiques de la cible.

Ce premier critère paraît donc trop large, et disproportionné. L'Afep s'interroge sur l'opportunité d'intégrer une exigence de réalisation d'un chiffre d'affaires en France par au moins deux des entreprises parties à l'opération comme c'est actuellement prévu par l'article L.430-2 du Code de commerce, y compris avec un seuil inférieur à 50 millions d'euros (80 millions d'euros tel qu'envisagé dans le projet de loi simplification en cours d'examen).

S'agissant du second critère, les entreprises observent un manque de clarté sur les conditions dans lesquelles il serait rempli. En effet, dans la consultation publique l'Autorité fait simplement référence aux opérations « *qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire* ».

Les entreprises s'interrogent donc sur les éléments d'appréciation qui seraient ici retenus pour qualifier une menace d'affectation significative de la concurrence sur le territoire. Il existe aujourd'hui **une véritable incertitude sur ce second critère qui nuit à la sécurité juridique des entreprises.**

Dans tous les cas, l'Afep observe que l'analyse se concentrera donc sur ce second critère, qui laisse une large place à la subjectivité avec une conséquence particulièrement lourde pour les entreprises : celles-ci devront procéder systématiquement, pour toutes les opérations de concentration des entreprises franchissant le premier seuil exprimé en chiffre d'affaires, à une analyse des effets de l'opération envisagée sur les marchés concernés pour déterminer si celle-ci est susceptible de relever du pouvoir d'évocation de l'AdIC.

Dans le régime de notification actuel, cette analyse n'est nécessaire, sauf cas exceptionnels, que pour les projets qui franchissent les seuils de notification afin de déterminer si l'opération sera autorisée avec ou sans engagements ou sera potentiellement interdite. C'est donc ici un changement de paradigme qui entraînera une charge de travail supplémentaire considérable, en contradiction avec le souci d'efficacité qui doit être garanti aux parties à une opération de concentration³. Afin de limiter

³ CUE, C-611/22P et C-625/22P, §206.

l'incertitude et la charge de travail pour les entreprises, le second critère devrait donc, en tout état de cause, porter sur des paramètres quantifiables par les entreprises.

Ce second critère paraît donc imprécis, et assez large pour intégrer des opérations qui ne soulèvent pourtant pas de sérieuses difficultés de concurrence, mais qui nécessiteront malgré tout d'être analysées afin de déterminer si ce second critère pourrait être susceptible d'être rempli. Un risque pèsera donc nécessairement sur ces opérations alors même qu'elles sont souvent enfermées dans des calendriers serrés, dans la mesure où elles sont peu susceptibles d'être sujettes à d'autres contraintes réglementaires.

En réalité, la première hypothèse envisagée par l'Autorité ne semble ici pas assez clairement définie, soulève de nombreuses questions et incertitudes au détriment de la sécurité juridique des entreprises, et du développement de l'économie. Sur le même plan, les grandes entreprises relèvent également l'absence de précisions sur le point de départ, les délais et date butoir dans lesquels une injonction de notifier l'opération pourrait être faite aux parties à l'opération, qui devront être clairs et limités (respectivement).

Ainsi, cette première hypothèse « *compromet l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration* »⁴.

Rappelons que la Cour de justice a considéré à juste titre que les entreprises « *doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme (...) lorsqu'elles s'engagent dans une opération de concentration* »⁵.

Si cette hypothèse de réforme du contrôle des concentrations devait être retenue, les grandes entreprises considèrent comme probable qu'elles soumettraient alors à l'avenir un grand nombre d'opérations de concentration à l'Autorité par le biais de demandes de lettres de confort.

Elles observent à ce titre que cette possibilité est envisagée par l'Autorité qui vise « *la possibilité de se rapprocher de celle-ci en cas de doute* ». Néanmoins, compte-tenu des enjeux économiques et des risques significatifs de sanction, les demandes de lettres de confort devraient constituer une garantie indispensable offerte aux entreprises en amont de la réalisation de l'opération envisagée, dans un délai encadré. Ces lettres de confort devraient également garantir aux entreprises qu'elles ne seront pas poursuivies postérieurement à la réalisation des opérations concernées sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles.

Compte-tenu du grand nombre d'opérations de concentration réalisées chaque année par les grandes entreprises en France comme à l'étranger - y compris pour l'acquisition d'entreprises réalisant moins de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires en France - **l'Afep estime le volume possible de demandes de lettres de confort autour de 200 par an rien que pour ses adhérents**. Les entreprises relèvent d'ailleurs qu'un tel pouvoir d'évocation pourrait être instrumentalisé par des tiers évincés d'un projet et ajouter à la charge des entreprises et de l'Autorité en encourageant les demandes de lettres de confort.

Un tel volume de demandes de lettres de confort semble en contradiction avec les objectifs de simplification de la procédure de contrôle des concentrations et de réduction du nombre de dossiers de concentrations traités annuellement souhaités par l'AdIC, qui ne dispose pas de moyens illimités, comme par le gouvernement dans le projet de loi simplification.

⁴ CUE, C-611/22P et C-625/22P, §206.

⁵ CUE, C-611/22P et C-625/22P, §209.

De plus, la multiplication de ces pouvoirs d'évocation à travers l'UE et le développement parallèle des lettres de confort dans chaque juridiction remettent en cause le système du guichet unique pour l'appréciation des opérations de concentration.

Surtout, l'Afep souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur les risques que fait peser une telle hypothèse de travail sur l'attractivité générale de l'économie française et sur l'incitation à l'innovation. Ce type d'outils de contrôle désavantage les grandes entreprises en faisant peser sur elles une présomption de prédation d'entreprises à fort potentiel de croissance. Plus particulièrement, le contrôle, tel qu'envisagé avec un seuil en chiffre d'affaires cumulé en France, viendrait pénaliser les grandes entreprises françaises, au détriment d'acteurs étrangers. Cela pourrait priver de plus petits acteurs des bénéfices des partenariats avec des acteurs plus solides ou de reprises par de grandes entreprises plus structurées. De plus, les acteurs économiques pourraient envisager d'organiser leurs opérations de concentration en traitant séparément les activités françaises pour des raisons d'incertitudes sur la faisabilité réglementaire de l'opération.

Enfin, si cette hypothèse encore exploratoire devait être retenue par l'Autorité, **l'Afep insiste sur la nécessité d'adopter rapidement des lignes directrices** - comme envisagé par l'AdIC - **claires, précises et proportionnées aux objectifs poursuivis par l'Autorité, qui viendront préciser l'ensemble des incertitudes soulevées ci-dessus par ce pouvoir d'évocation, à l'issue d'une consultation publique et d'une étude d'impact sur la base d'un projet concret et détaillé.**

Ces lignes directrices devraient non seulement clarifier les incertitudes existantes notamment sur le second critère d'affectation significative sur le territoire, mais également préciser les éléments de procédure (i) de consultation de l'Autorité pour l'obtention d'une lettre de confort en encadrant son délai de réponse à un délai maximal de six semaines après la réception de la demande de lettre de confort, comme (ii) d'évocation d'une opération en le limitant strictement à un délai maximal de deux mois à compter de la connaissance de l'opération par l'AdIC.

2. L'introduction d'un nouveau critère de notification obligatoire pour certaines entreprises

A la différence de la première hypothèse envisagée par l'Autorité, cette seconde hypothèse porte bien sur un nouveau critère de notification obligatoire pour « *certaines entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché* ».

Cependant, cette hypothèse de travail soulève également de nombreuses interrogations comme des doutes sur son champ d'application.

En premier lieu, les entreprises s'interrogent sur les critères qui seraient ici retenus pour qualifier un « *certain pouvoir de marché* ». Il existe là aussi **une véritable incertitude sur ce critère qui nuit à la sécurité juridique des entreprises.**

De plus, l'Afep s'interroge sur l'opportunité d'insérer **une forme de discrimination entre les entreprises selon qu'elles disposent ou non d'un « certain pouvoir de marché »**. Si cette logique a été entérinée par le Règlement 2022/1925 sur les marchés numériques, elle est néanmoins strictement limitée car appliquée à un nombre particulièrement restreint d'entreprises considérées comme des contrôleurs d'accès. Là n'est pas la logique de l'AdIC dans sa seconde hypothèse dans laquelle elle vise bien l'ensemble des entreprises qui ont fait l'objet d'une décision constatant l'existence d'une position dominante ou un abus de position dominante. Le champ d'application de la mesure envisagée est donc bien plus large.

S'agissant des décisions antérieures en matière de contrôle des concentrations, les grandes entreprises observent que si l'opération précédemment envisagée par une entreprise a été interdite par une autorité de concurrence, et n'a donc pas été mise en œuvre, il est alors tout à fait possible qu'aucune position dominante n'ait été constituée sur les marchés concernés. A fortiori, il en est de

même pour les décisions d'autorisation avec engagements. La notification obligatoire d'un nouveau projet ne serait donc pas fondée. En tout état de cause, si l'AdIC voulait continuer à explorer cette hypothèse, il serait possible de développer un régime plus ciblé, où une telle obligation ferait partie des engagements imposés aux parties – lorsqu'un tel engagement est raisonnable et justifié au vu du contexte de l'opération – à l'image des engagements d'information en contrôle des investissements directs étrangers.

S'agissant des décisions antérieures de sanction ou d'engagements en matière d'abus de position dominante, l'Afep relève qu'aucune distinction n'est faite selon que l'opération envisagée concerne ou non un marché sur lequel un abus a été précédemment constaté. Ainsi, une telle hypothèse risque d'entraîner une obligation de notification d'opérations sans lien avec le ou les marchés concernés par les précédentes décisions d'autorités de concurrence.

L'Afep relève encore que l'AdIC considère que ses décisions comme celles de la Commission européenne doivent être prises en compte. Or, quand bien même l'Autorité précise le besoin d'introduire un ciblage du contrôle afin d'éviter les notifications d'opérations sans lien avec la France, la prise en compte de la pratique décisionnelle de la Commission européenne risque d'entraîner la notification d'opérations sans lien avec les marchés français.

De plus, les décisions non définitives ne sauraient fonder un pouvoir extraordinaire au titre du contrôle des concentrations.

S'agissant des entreprises ayant été désignées contrôleur d'accès par la Commission au titre du Règlement 2022/1925 sur les marchés numériques, elles font déjà l'objet d'une obligation d'information de tout projet de concentration auprès de la Commission européenne au titre de l'article 14 de ce Règlement. La Commission européenne transmet quant à elle les informations reçues à toutes les autorités nationales de concurrence. Quel sera l'apport d'une nouvelle obligation de notification devant l'Autorité de la concurrence ?

En tout état de cause, les grandes entreprises observent que si le fait de détenir une position dominante leur impose une responsabilité particulière, **il ne saurait leur être imposé une présomption de culpabilité dans leurs projets de croissance externe**. Les grandes entreprises, y compris celles en position dominante sur certains marchés, doivent pouvoir encore jouir de la liberté d'entreprendre.

En réalité, on peut se demander combien d'entreprises seraient effectivement concernées par une obligation de notification sur un tel fondement. **Il est fort probable qu'un grand nombre d'entreprises soient concernées par une telle hypothèse et se trouvent contraintes de notifier des opérations de concentration sans effet sur les marchés concernés**.

Ainsi, ce nouveau critère de notification risque de toucher de manière disproportionnée les entreprises actives sur des marchés locaux, ce qui ne correspond pas à la cible des opérations sous les seuils de notification actuels que l'Autorité cherche à contrôler. De même, l'Afep s'interroge sur le fait de savoir si cette nouvelle obligation aurait permis aux autorités de concurrence d'appréhender les opérations sous les seuils emblématiques telles que Illumina/Grail. Une étude d'impact pourrait utilement explorer plus précisément le nombre d'opérations de concentration qui pourraient être concernées par une telle nouvelle obligation de notification.

Là encore, le volume de notifications supplémentaires découlant de ce nouveau critère de notification semble en contradiction avec les objectifs de simplification de la procédure de contrôle des concentrations et de réduction du nombre d'affaires traitées annuellement souhaités par l'AdIC comme par le gouvernement dans le projet de loi simplification.

Ce critère paraît donc trop large, et disproportionné.

A ce titre, les grandes entreprises relèvent que dans l'exemple de la Suisse cité par l'Autorité, une notification n'est obligatoire que si :

- **Une décision passée en force de chose jugée** constate l'existence d'**une position dominante en Suisse** sur un marché ;
- **L'opération de concentration envisagée concerne le marché sur lequel la position dominante a été constatée**, ou un marché amont ou aval [ou connexe].

Aucune de ces précisions, qui restreignent opportunément le champ d'application de la mesure, n'a été reprise dans l'hypothèse proposée par l'AdIC, qui apparaît donc assez inédite.

Là encore, l'Afep attire l'attention de l'Autorité sur les risques que fait peser une telle hypothèse de travail sur l'attractivité générale de l'économie française et sur l'incitation à l'innovation. Ce type d'outils de contrôle désavantage les grandes entreprises en faisant peser sur elles une présomption de comportements anticoncurrentiels.

De plus, cette hypothèse de nouveau critère de notification obligatoire soulève de nouvelles interrogations :

- Cette obligation s'appliquerait-elle aux opérations de concentration réalisées hors de France ? et comment apprécier les liens de rattachement de l'opération avec la France ?
 - Il conviendrait de s'assurer d'un lien suffisant de l'opération avec la France. Les grandes entreprises s'interrogent donc là encore sur l'opportunité d'intégrer une exigence de réalisation d'un chiffre d'affaires en France par au moins deux des entreprises parties à l'opération, ou l'exercice d'une activité sur le ou les marchés français concernés par les précédentes décisions d'autorités de concurrence.
- Quelles décisions des autorités de concurrence devrait-on prendre en compte ?
 - Tel qu'indiqué dans la consultation publique, il est essentiel que tout éventuel contrôle à ce titre soit encadré dans le temps, en prévoyant que la décision doit avoir été adoptée dans un certain délai – le plus court possible – précédant la nouvelle opération. Seules les décisions les plus récentes des autorités de concurrence devraient être prises en compte pour tenir compte des évolutions des définitions de marché et de parts de marché, et garantir une forme de droit à l'oubli pour les entreprises concernées.
- Comment apprécier cette obligation au sein d'un groupe d'entreprises lorsque seule une filiale est concernée par les situations identifiées par l'AdIC dans une décision antérieure ?

Dans ces conditions, si cette hypothèse devait être retenue par l'Autorité, l'Afep insiste sur la nécessité d'adopter des lignes directrices claires, précises et proportionnées aux objectifs poursuivis par l'Autorité, qui viendront préciser l'ensemble des incertitudes soulevées ci-dessus par cette nouvelle obligation de notification, à l'issue d'une consultation publique et d'une étude d'impact sur la base d'un projet concret et détaillé.

3. L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles

La dernière hypothèse envisagée par l'Autorité est de limiter son intervention potentielle à la mise en œuvre des dispositions du Code de commerce et du Traité sur le fonctionnement de l'UE en matière de pratiques anticoncurrentielles postérieurement à la réalisation d'une opération de concentration.

Il est vrai que cette option est revenue au goût du jour depuis l'affaire Towercast⁶ dans laquelle la Cour de justice a rappelé sa jurisprudence de 1973 selon laquelle une opération de concentration pouvait être appréhendée sur le fondement de l'abus de position dominante⁷. Il n'en fallait pas plus pour que la même solution adoptée par la Cour en 1987 en matière d'entente réapparaisse dans les débats entre initiés,⁸ et soit mise en œuvre par l'AdIC⁹.

Si cette option ne nécessite pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France, elle soulève cependant également des incertitudes et des questionnements sur sa mise en œuvre concrète.

Les grandes entreprises observent en particulier que « *la limite des délais de prescription* » à laquelle l'AdIC fait référence n'est cependant pas précisée et mérite des clarifications pour son application à une opération de concentration. Ce point constitue un sujet majeur de sécurité juridique pour les entreprises.

De même, les critères d'appréciation d'une pratique anticoncurrentielle en matière d'opération de concentration pourraient utilement être précisés, notamment la démonstration d'une entrave substantielle à la concurrence par une entreprise en position dominante.

Cependant, les entreprises de l'Afep observent également que le champ d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux opérations de concentration tel que défini dans la jurisprudence est plus restreint que le champ des autres hypothèses envisagées par l'Autorité.

La pérennisation de cette option gagnerait cependant en sécurité juridique pour les entreprises dès lors que sa mise en œuvre par l'AdIC serait encadrée tant dans son champ d'application que dans le temps, ce qui nécessiterait d'adopter ici aussi des lignes directrices claires, précises et proportionnées aux objectifs poursuivis.

L'Afep observe de plus que ces lignes directrices devraient également préciser l'articulation de cette hypothèse avec les deux autres options envisagées par l'Autorité dans le cadre de sa consultation publique. Ce pouvoir ne saurait être mis en œuvre par l'AdIC dans l'hypothèse dans laquelle elle se serait déjà prononcée sur une opération au titre du contrôle des concentrations.

Enfin, l'Afep invite en tout état de cause l'AdIC dans cette hypothèse à développer sa pratique des lettres de confort afin de permettre aux entreprises de poursuivre leurs projets de croissance externe avec la plus grande sécurité juridique possible.

⁶ CJUE, 16 mars 2023, Towercast, C-449/21.

⁷ CJCE, 21 février 1973, Continental Can, 6-72.

⁸ CJCE, 17 novembre 1987, Philip Morris, 142 et 156/84.

⁹ Autorité de la concurrence, 2 mai 2024, décision 24-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

A PROPOS DE L'AFEP

Depuis 1982, l'[Afep](#) regroupe de grandes entreprises présentes en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision de ses membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour parvenir à la croissance et à l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la priorité de l'Afep. L'Afep compte environ 117 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel cumulé s'élève à 2 600 milliards d'euros.

Contact :

Jocelyn Goubet –Directeur droit économique - j.goubet@afep.com

Consultation de l'Autorité de la Concurrence

Commentaires de l'Alliance Française des Industries du Numérique

Février 2025

L'Alliance Française des Industries du Numérique (AFNUM) se réjouit de pouvoir répondre à la consultation publique ouverte par l'Autorité de la Concurrence (ADLC) le 14 janvier 2025.

Représentant les industriels des infrastructures numériques, de l'informatique, de l'électronique grand public, de l'impression, de la photographie des antennes et des objets connectés l'AFNUM suit de près les évolutions réglementaires impactant ces différents secteurs d'activités.

C'est pourquoi, l'AFNUM suit avec grand intérêt les conséquences de l'arrêt « Illumina/Grail » rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne le 3 septembre 2024 et souhaite faire parvenir les informations suivantes à l'Autorité de la Concurrence (ADLC) dans le cadre de sa consultation publique.

I. Commentaires généraux

Ces dernières années, les opérations de fusion et d'acquisition ont été de plus en plus confrontées à des obligations réglementaires supplémentaires, avec de nouvelles interprétations du règlement européen sur les concentrations- dont l'une a finalement été jugée infondée après quelques années de mise en œuvre -, la généralisation des mécanismes de filtrage des investissements directs étrangers et le nouveau règlement de l'UE sur les subventions à l'étranger.

La Commission européenne a récemment reconnu dans son rapport sur la compétitivité que « *la simplification de l'environnement réglementaire, la réduction de la charge et la promotion de la rapidité et de la flexibilité* » sont des facteurs clés de la compétitivité de l'UE.

Bien évidemment l'AFNUM plaide, et plaidera toujours, pour un cadre réglementaire garantissant la libre concurrence et empêchant de potentiels abus de positions dominantes. Néanmoins, nous tenons à souligner en introduction que la limitation de la liberté économique des acteurs privés au travers d'une réglementation excessive ne peut être envisagée comme une solution pérenne.

A ce titre, et avant d'aborder les différentes options proposées par l'ADLC, l'AFNUM estime dommageable que l'instauration d'un seuil fondé sur la valeur de la transaction soit écarté dès l'introduction et ne soit pas proposé parmi les différentes options.

Bien que l'autorité ait justifié par le passé son choix de ne pas retenir cette option (en raison du grand nombre de notifications et de la complexité des calculs relatifs à la valeur), celle-ci a néanmoins démontré certains avantages dans les régimes allemand et autrichien. Proposer cette possibilité à la discussion aurait pu permettre d'élargir le cadre des échanges. Un second round de consultation devrait de notre point de vue réintégrer l'instauration d'un seuil fondé sur la valeur de la transaction parmi les différentes options possibles.

II. Commentaires sur les options envisagées

Dans le cadre de ses réflexions sur les conséquences découlant de l'arrêt « *Illumina/Grail* » l'Autorité de la Concurrence propose plusieurs options afin d'élargir le champ d'intervention de l'ADLC en matière de contrôle des concentrations aux opérations dites « sous les seuils ».

La première, présentée étonnamment en dernier alors qu'elle correspond à une solution déjà mise en œuvre et déjà validée par les juridictions européennes, correspond à l'utilisation des outils déjà existants du droit de la concurrence pour enquêter sur les effets potentiellement anticoncurrentiels d'opérations non notifiables car sous les seuils.

Singulièrement différentes ces options peuvent être résumées de la manière suivante :

- **Option 1 :** Création d'un nouveau pouvoir d'évocation de l'ADLC pour les opérations de concentration dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires (seuils qui seraient inférieurs à ceux déjà établis par l'article L. 430-2 du code de commerce) et menaçant d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire national.
- **Option 2 :** Création d'un nouveau seuil de notification obligatoire imposé aux entreprises condamnées antérieurement par l'autorité de la concurrence ou désignée comme contrôleur d'accès par la Commission européenne.
- **Option 3 :** Limiter l'intervention possible de l'Autorité de la Concurrence à la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE conformément à la jurisprudence de la CJUE.

A titre liminaire, l'AFNUM souligne que les critères de notifiabilité d'une opération doivent être clairs, objectifs et prévisibles. Cela permet aux entreprises d'avoir une certitude quant au moment où elles doivent notifier une opération et au temps qu'elles peuvent envisager d'attendre entre la signature et la clôture. La CJUE a clairement déclaré que l'interprétation antérieure de l'article 22 par la Commission européenne « compromet l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration » (arrêt *Illumina/Grail* §206), il est par conséquent important que toute réforme engagée par l'ADLC préserve la prévisibilité du régime français de contrôle des concentrations.

L'option 1 offrirait la possibilité à l'ADLC d'intervenir dans les opérations de concentration n'atteignant pas les seuils actuels mais néanmoins susceptibles d'affecter le marché de manière significative. Si l'AFNUM soutient les actions visant à garantir le bon fonctionnement du marché et de la libre concurrence nous estimons qu'une telle mesure pourrait, en l'état, affecter négativement l'ensemble des opérations de concentration. En effet, et comme souligné par la CJUE dans son arrêt « *Illumina/Grail* », la sécurité juridique des parties à une opération de concentration est un élément central dont on ne peut affaiblir l'effectivité. Or un pouvoir discrétionnaire d'évocation introduirait beaucoup d'incertitudes. Pour la réduire tout pouvoir d'évocation devrait être encadré par des critères clairs et objectifs (seuil de chiffre d'affaires réalisé en France par chaque partie, exigence d'un lien certain de l'opération avec le territoire français par exemple).

C'est pourquoi, en l'état actuel de la proposition, **l'AFNUM ne peut soutenir cette première option** et ceci même si nous saluons la possibilité offerte aux entreprises de se rapprocher de l'ADLC ainsi que l'évocation de futures lignes directrices qui viendraient en préciser la mise en œuvre.

La seconde option nous apparaît comme encore moins désirable. Inédite à notre connaissance et très éloignée de ce qui se pratique en Suisse, contrairement à ce que le document de consultation publique peut laisser penser, cette option participerait à la fragmentation du marché intérieur. Par ailleurs, cette option nous semble fondamentalement éloignée de la logique du contrôle des concentrations tel qu'il a toujours été pratiqué en France. En effet, en ciblant les entreprises déjà condamnées sous l'empire des articles 101 et 102 du TFUE l'ADLC sanctionnerait des entreprises pour des faits déjà jugés et ne n'ayant pas forcément de lien économique avec la concentration en cause. Or, de nombreuses entreprises opèrent sur une pluralité de marchés dont les conditions économiques diffèrent, et l'interdiction d'une concentration sur la base d'une condamnation antérieure relative à un autre marché semble par conséquence difficilement justifiable.

S'agissant de la possibilité de créer un seuil de notification ciblant spécifiquement les entreprises ayant été désignée comme « contrôleurs d'accès » en application du DMA, l'AFNUM tient à rappeler que l'article 14 du DMA prévoit déjà des dispositions spécifiques en la matière (information de la Commission au sujet de certaines acquisitions envisagées par le contrôleur d'accès). Il n'est pas logique que des entreprises désignées comme contrôleurs d'accès en vertu du DMA notifient à l'Autorité chaque transaction qu'elles concluent. La grande majorité de ces transactions n'auront aucun lien avec la France, et beaucoup pourraient ne pas être notifiables dans toute autre juridiction. Par ailleurs, les contrôleurs d'accès disposent généralement d'un portefeuille diversifié de produits et de services. Souvent, une concentration donnée n'aura aucun rapport avec le service de plateforme essentielle pour lequel le contrôleur d'accès a été désigné. Il serait donc démesuré d'exiger la notification de chaque concentration effectué par un contrôleur d'accès.

En créant un tel seuil l'ADLC risquerait de fragmenter le marché intérieur tout en violant les principes de subsidiarité et de primauté du droit européen, véritables pierres angulaires de la construction européenne.

C'est pourquoi, l'AFNUM ne peut pas plus soutenir une telle approche qu'elle ne peut soutenir l'option 1.

Enfin, et comme indiqué plus haut, la troisième et dernière option nous apparaît comme étant la plus à même à assurer la prévisibilité et la sécurité juridique des acteurs économiques. Comme évoqué dans le document de consultation cette option ne nécessite aucune modification du cadre juridique, permet à l'ADLC de cibler directement les concentrations pouvant impacter négativement un marché et s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence établie de la CJUE.

Pour toutes ces raisons, l'AFNUM considère que l'Option 3 devrait être poursuivie par l'ADLC.

A propos de l'AFNUM

L'AFNUM, Alliance Française des Industries du Numérique, représente, en France, les industriels des infrastructures numériques, de l'informatique, de l'électronique grand public, de l'impression, de la photographie des antennes et des objets connectés. Le poids économique des entreprises membres de l'AFNUM est en France de 130.000 emplois, dont 35.000 emplois directs, pour 30 milliards d'euros de chiffre d'affaires. L'AFNUM est membre de la FIEEC, du MEDEF et de Digitaleurope.

Nos membres : Adobe, Airbus DS, Alcad, Amazon, Apple, Art-Fi, Amazon Web Services, Brother, Cae, Canon, Cisco, Continental, Crosscall, Dell Technologies, Doc up, Dxomark, Epson, Erard, Ericsson, Fracarro, Fujifilm, Google , HP, HPE, IBM, Intel, Kodak Alaris, Leica, Lenovo, Lexmark, LG, Imaging, Microsoft, Nikon, Nokia, OM Systems, Optex Normand, Panasonic, Quadiant (ex-Neopost), Qwant, Ricoh imaging, Samsung, Sequans Communications, Servimat, Sigma, Sony, Tamron, TCL, Televes, Tetenal, Toshiba, Trax, Unitron, Vantiva, Verbatim, Vitec Imaging Distribution, WD, WISI, Xiaomi

Numéro d'enregistrement au registre de transparence européenne : **832852453029-02**

REPLY TO THE PUBLIC CONSULTATION
FROM THE FRENCH COMPETITION AUTHORITY
***ON THE INTRODUCTION OF A MERGER CONTROL FRAMEWORK FOR
ADDRESSING BELOW-THRESHOLD MERGERS***



21 February 2025

INTRODUCTION

- (1) On 14 January 2025, the French Competition Authority (the “**FCA**”) launched a public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition (the “**Consultation**”). The FCA offered stakeholders the possibility to submit observations.
- (2) In the European Union (“**EU**”), the main mechanism for the European Commission (“**EC**”) and national competition authorities (“**NCA**s”) to examine mergers has historically been the application of turnover thresholds, which ensure maximum legal certainty for merging parties.
- (3) In recent years, however, the EC¹ and several NCAs, including the FCA, perceive turnover thresholds as no longer “fit for purpose” because they allegedly do not capture high-value acquisitions where the target has no or minimal turnover (*i.e.*, “below-threshold” transactions). The Consultation is designed to address this perceived issue.
- (4) It discusses different approaches (“**Options**”) that the FCA could take to address below-threshold transactions. One of these Options gives discretion to the FCA to call in transactions that it considers potentially problematic (“**Option 1**”). Another Option introduces asymmetric notification requirements for certain companies only (“**Option 2**”). Option 3 reflects the CJEU’s *Towercast* judgment which allows NCAs to deal with below-threshold transactions through antitrust probes. The FCA dismissed other options, *e.g.*, deal-value thresholds, without discussing them in detail.
- (5) Amazon welcomes the opportunity to present observations in this Consultation. As explained in more detail below, Amazon considers that any reform of the existing French merger control system should be based on a sound study evidencing the need for a change. The Consultation claims that there is an “enforcement gap” but does not provide any substantiated recent evidence or even an example to illustrate it. This lack of evidence should warrant caution before selecting an option that may increase regulatory burden and administrative costs for little results. In this context, Amazon takes the view that Option 3 is the most proportionate reaction and preserves the existing level of legal certainty for merging parties; alternatively, deal-value thresholds should be reconsidered; Option 1 is problematic because undermines legal certainty and Option 2 creates asymmetry in the treatment of different transacting parties.
- (6) The remainder of this paper is structured as follows. Section 1 sets out our preliminary remarks on the Consultation including its inherent limitations. Section 2 summarizes Amazon’s position on the three Options in the Consultation. Section 3 discusses each Option presented in the Consultation in more detail.

1. PRELIMINARY REMARKS

- (7) While it remains unclear what enforcement gap the Consultation seeks to address (**1.1**), any option that the FCA considers for an update to French merger control should be further

¹ At EU level, the EC initially sought to capture below-threshold acquisitions without passing new legislation. By repurposing Article 22 of the EU Merger Regulation (“**EUMR**”), the EC encouraged NCAs to refer transactions that threaten to impact competition in a Member State, even if the authority in that Member State did not have jurisdiction to review the transaction. The first case that the EC reviewed – and prohibited – under the repurposed Article 22 mechanism was *Illumina/GRAIL*, following a 2022 referral by the FCA, although the transaction fell below the French turnover thresholds. In a judgment of September 2024, however, the Court of Justice of the EU (“**CJEU**”) found that the EC had no power to review this transaction as the FCA had not competence to review it in the first place.

detailed (1.2) and guided by the principle of legal certainty without augmenting the regulatory burden (1.3).

1.1 PREMISE OF THE CONSULTATION

- (8) The Consultation is based on the premise that there is “*a steady increase in the number of mergers involving companies that play or are likely to play a key competitive role in the markets concerned but escaping control due to the low turnover generated by the target at the time of the merger*”. This premise is, however, not supported by any example or statistics related to France or other EU Member State illustrating that there are several deals below the turnover thresholds. The Consultation does not provide stakeholders with any evidence that below-threshold transactions increased in recent years or that they are more likely than other transactions to be anti-competitive. Recent academic research suggests the opposite.²

1.2 OPPORTUNITY TO DISCUSS EACH OPTION IN MORE DETAIL

- (9) Amazon understands that the different options presented in the Consultation are not fully fledged legislative proposals. This was not the purpose of this Consultation. Yet, the high-level description of the content of each option makes it difficult to compare between them. Further consultations on the detailed options as well as on any accompanying guidelines would be welcome going forward.
- (10) In addition, some options are excluded from the Consultation. For example, deal-value thresholds are discarded with limited discussion (see Section 2 below for more details). An additional consultation would be welcome to consider proposals that have not been put up for debate in this Consultation.

1.3 IMPORTANCE OF LEGAL CERTAINTY IN THE CHOICE OF OPTION

- (11) As emphasized by the FCA in the Consultation, the new proposed merger control regime should “*balance the importance of legal certainty for companies and the need for an effective merger control system to prevent harm to competition*” in France and beyond.
- (12) The reference to legal certainty in the Consultation is welcome. Legal certainty is an imperative for all businesses and one of the key objectives in the EUMR, as highlighted in the *Illumina/Grail* judgment³. The same is true for the French merger control system which, like the EUMR, is based today on turnover thresholds aiming at preserving the two public policy interests mentioned above, *i.e.*, effectiveness and legal certainty. All the Options in the Consultation involve a degree of legal uncertainty. The goal of the FCA going forward should be to limit this uncertainty to the minimum. At the same time, the chosen Option should not lead to regulatory overburden, whether for the merging companies, third-parties or for the FCA itself.

2. CHOICE OF OPTION

- (13) As explained above, it is neither necessary nor proportionate to provide the FCA with a new merger control mechanism that would be cumbersome and create legal uncertainty for

² M. Ivadi, N. Petit, S. Uenekbas, “*Killer acquisitions in digital markets may be more hype than reality*”, available at <https://cepr.org/voxeu/columns/killer-acquisitions-digital-markets-may-be-more-hype-reality>.

³ CJEU, 3 September 2024, *Illumina/Grail*, [C-611/22 P](#) and [C-625/22 P](#), para. 210: “*the objective of*” Regulation 139/2004 is to take “*into consideration the need of undertakings for legal certainty.*”

companies. We note that the Consultation itself does not evidence the enforcement gap it claims to address in the current legislation.

- (14) Against this background, Option 3 seems to be the least damaging option to avoid additional legal uncertainty (2.1). Alternatively, the FCA should reconsider deal-value thresholds which have been ruled out without detailed discussion (2.2). Finally, were the FCA to choose Option 1 or Option 2, it should put in place all the necessary guardrails to reduce legal uncertainty – Amazon would be happy to discuss such guardrails in an additional consultation (2.3).

2.1 OPTION 3 IS THE LEAST DAMAGING OPTION

- (15) Option 3 is the most proportionate way forward as the FCA can investigate below-threshold transactions under Articles 101 or 102 TFEU. This merely applies the *Towercast* judgment of the CJEU, and does not increase legal uncertainty for companies.
- (16) *First*, Option 3 gives the FCA powers to pursue transactions it views as potentially problematic; it is therefore effective from the regulator’s perspective. *Second*, it reflects the *Towercast* case law and does not introduce a new mechanism which would necessarily trigger difficulties of interpretation and implementation. *Third*, it has already been validated by the CJEU – at least when it comes to Article 102 TFEU.

2.2 A DEAL-VALUE THRESHOLD SHOULD BE CONSIDERED

- (17) If the FCA discards Option 3, Amazon’s view is that a deal-value threshold should be reconsidered as an option for the update of French merger control.
- (18) *First*, assuming an “enforcement gap” exists, the FCA should address it by focusing on deals with significant value as a matter of priority. A deal-value threshold (in conjunction with the existing revenue-based thresholds) would allow the FCA to pursue most – if not all – transactions it considers as potentially harmful to competition in France. Indeed, while transactions involving large players are caught by revenue-based thresholds, transactions involving a small target with significant competitive potential would be caught by the deal-value threshold (because the competitive potential of the target is reflected in the purchase price). Only transactions involving small targets with little or no competitive potential would escape review.
- (19) *Second*, deal-value thresholds are a well-known merger control mechanism that has been tried and tested by companies and agencies in many jurisdictions (*e.g.*, USA, Mexico, Germany, Austria). We do not share the Consultation’s concern regarding the uncertainty such a threshold could create: a deal-value threshold would provide much more certainty *e.g.*, than the “call-in” of Option 1. We do not share the Consultation’s concern regarding a so-called “threshold effect” either: the FCA will in any event retain the possibility of applying Articles 101 or 102 TFEU (or their equivalent under French law) to transactions falling below the deal-value threshold.
- (20) *Third*, a deal-value threshold does not necessarily result in numerous additional notifications, contrary to what is stated in the Consultation: this of course depends on the level at which this threshold is set and on an appropriate nexus requirement being introduced. In particular, the recently introduced deal-value thresholds in German and Austrian merger control systems – which include a local nexus requirement – did not trigger a large increase in the number of notifications. Instead, in Germany and Austria which introduced deal-value thresholds in 2017, the annual number of mergers notified decreased between 2019 and 2023 (from 1400 to 805 in Germany and from 495 to 294 in Austria). In Austria, notifications based on the

deal-value threshold remained limited and did not increase significantly in recent years (15 in 2019 and 18 in 2023).⁴

2.3 IN ANY EVENT, OPTIONS 1 AND 2 SHOULD BE REJECTED

- (21) Option 1 is highly problematic from a legal certainty perspective. If Option 1 were pursued, it should be made subject to strict guardrails (which are further detailed below in Section 3), including (i) guidelines that limit the discretion of the FCA and explain what types of cases should be called in and what should be their nexus with France and (ii) strict deadlines after which no call-in would be possible.
- (22) Option 2 is not a viable option. The fact that a company's past merger has been prohibited or approved conditionally because of competition concerns in a specific market segment cannot reasonably be the basis for all future transactions of the same company to be notified or scrutinized, regardless of who the other party is and in which market(s) it is active. Similarly, effectively requiring a small set of named companies to notify every transaction regardless of competitive significance is both disproportionate and discriminatory. It is difficult to conceive guardrails that could make Option 2 operational.

3. ANALYSIS AND DISCUSSION OF EACH OPTION PRESENTED IN THE CONSULTATION

- (1) The section below discusses in further detail Option 1 (3.1), Option 2, (3.2) and Option 3 (3.3), as presented in the Consultation. None of the comments below constitute an endorsement of either option.

3.1 OPTION 1

- (23) As already mentioned above, Option 1 is problematic from a legal certainty perspective. It provides the FCA with a very wide discretion to determine which transactions to call in. Symmetrically, it leaves parties with considerable uncertainty as to whether their transaction is going to be reviewed and as to the consequences (in particular in terms of timing) an FCA's intervention would entail. Finally, Option 1 increases the scope of possible interventions from the EC, through Article 22 EUMR, compared to *status quo*, triggering a risk of potential additional delays and heavier information requirements for companies.
- (24) There is already a very extensive and heterogeneous set of call-in powers within the EU, which in and of itself generates legal uncertainty for companies. *First*, several Member States apply lowered thresholds as part of their call-in powers (e.g., in Norway, certain strategic companies must systematically notify any acquisition of more than 5% of a company's shares) while other countries apply totally different criteria (e.g., in Ireland, it is sufficient that the transaction is likely to affect competition on the national market, without any additional threshold criteria). *Second*, while some countries set no time limit for exercising their call-in powers (e.g., Sweden and Cyprus), others impose strict time limits (e.g., Italy, Denmark and Hungary).⁵ Adding a new call-in regime with its own criteria and deadlines can only increase this legal uncertainty within the EU.
- (25) In any event, if it wants to follow Option 1, the FCA should wait for the outcome of the *Nvidia/Run:AI* litigation before the EU Courts. Indeed, following the EC's unconditional clearance of the acquisition of Run:AI by Nvidia on 20 December 2024, Nvidia recently

⁴ See annual reports of the Federal Competition Authority ([here](#)) and of the Bundeskartellamt ([here](#)).

⁵ In Italy, Denmark, and Hungary, the authorities have six months from the conclusion of the transaction to call-in.

lodged an appeal to the EU General Court challenging the EC's jurisdiction to review the transaction.⁶ The outcome of this litigation will have an impact on the use of call-in systems in the EU, including in France.

- (26) If the FCA nevertheless chose Option 1, it should introduce guardrails to prevent this Option's most significant undesirable consequences.
- (27) *First*, the operational criteria should be further detailed as Option 1 is too broad and not specified enough.
- (28) According to the Consultation, the FCA would only be able to "*call in mergers that exceed a certain threshold based on the parties' cumulative turnover in France*". A cumulative turnover threshold certainly brings a minimum of legal certainty. However, the FCA should clarify that a transaction falling below those thresholds can never be called-in (*i.e.*, not that it cannot "*in principle*" be called-in).
- (29) In addition, the substantive part of the threshold (*i.e.*, mergers that "*threaten to significantly impact competition*") is not operational and should be specified. What is more, this substantive test makes approaching authorities self-incriminating. To maintain some level of legal certainty, the FCA should envisage defining further the types of transactions it will apprehend in priority and provide concrete examples as a benchmark. This could be done either in the legislation itself or through guidelines.
- (30) Finally, Option 1 as it currently stands does not require a sufficient nexus with the French territory. Indeed, the proposed threshold could by definition be met by a transaction involving a target (or an acquirer) that has no activity at all on the French territory. What is more, the substantive part of the threshold refers to an impact on competition "*on the territory*", without even specifying that it refers to the "French" territory. A clear nexus requirement is indispensable to provide some level of legal certainty in particular for companies active in global markets. This would be achieved by requiring that the target is already active in France or that it has concrete and realistic plans of entering the French market segments in the short term.
- (31) *Second*, given the uncertainty as to the substantive threshold, the FCA's call-in power should be subject to time limitations, after which no call-in would ever be possible. More specifically:
 - The FCA's intervention should only intervene within a fixed deadline, not an open-ended period;
 - The FCA's timeline for intervention should have a clear starting point, like the public announcement of the deal (*e.g.*, like in the draft revised Dutch merger control rules) or the conclusion of the deal (*e.g.*, like in Danish merger control rules);
 - The FCA's timeline for intervention should have a clear cut-off point, to ensure that an intervention cannot take place past a reasonable time after the closing of the transaction (*e.g.*, 6 months, as is the case in Italian and Danish merger control rules);
 - The FCA should clarify that a request for information sent just before the end of the deadline would not have any suspensory effect.
- (32) *Third*, the Consultation specifies that the FCA would give companies the opportunity to consult it in case of doubt, which is a welcome proposition. To be fully effective, parties

⁶ MLex, "*Nvidia goes to court over EU regulator's move to review Run:ai deal*", 15 January 2025 (see [here](#)). The Italian Competition Authority initially used its new call-in power, which allows it to scrutinize transactions that pose risks to competition even when they do not meet turnover thresholds, to refer the case to the EC.

should have clarity from the FCA as to the level of information required to trigger an information consultation and as to the deadline by which feedback may be obtained.

- (33) *Fourth*, the proposition to provide guidelines is also welcome. In these guidelines, the FCA should provide guidance as to which types of transactions it will target in priority and how it plans on implementing this new call-in power. As to timing, these guidelines will have to be adopted *after* another public consultation on their content but *before* this new call-in power enters into force. Most importantly, it would not be reasonable that the FCA decides to first “*take stock*” on the first months or years of application of the new threshold and provide guidance later.

3.2 OPTION 2

- (34) It should be noted that Option 2 is, as far as we know, unprecedented in any merger control system in the world. The Swiss merger control regime the Consultation refers to is much more tailored as it only applies to abuse of dominance decisions that have become definitive. As such, Option 2 should be analyzed with skepticism and the benefits it brings should be particularly clear for it to constitute a valid option.
- (35) That is not the case in the Consultation. As presented, Option 2 is discriminatory as (i) it treats unequally comparably situated transactions, (ii) it introduces merger control thresholds disconnected from deal-specific competition concerns, and (iii) it lacks local and operational nexus. This holds true for all three criteria of Option 2.

(i) Option 2 is discriminatory as it treats unequally comparably situated transactions

- (36) Option 2 sets an asymmetric threshold which is in and of itself problematic from an equality perspective. For example, a company found dominant under 102 TFEU or Article L. 420-2 of the French Commercial Code would have to report all its transactions even if they are below the turnover-based thresholds in France, whereas a dominant company that is being investigated, has the same stronghold on a market as the first one but has not yet been found dominant will be under no obligation to report any of its below-threshold transactions. The same applies to a company that has offered commitments in a completed antitrust investigation in comparison to a company that is solely in the process of doing so; their position on their respective markets is the same and their transactions may have similar market impact – yet they are treated entirely differently under Option 2.
- (37) Option 2 is all the more unacceptable as all three underlying criteria (previous merger prohibition or conditional clearance, decisions involving fines or commitments under Article 102 TFEU or DMA gatekeeper designation) are based on discretionary decisions on the part of the relevant authority. Attaching drastic consequences (automatic notification of all concentrations) to these criteria is therefore discriminatory while being entirely unrelated to any potential concerns the underlying transaction may actually create.

(ii) The three criteria of Option 2 do not necessarily reflect possible competition concerns

a. On the first criterion (i.e., past merger cases involving a prohibition or conditional clearance decisions by the FCA or the EC)

- (38) *First*, as currently drafted, this criterion would retroactively alter the implications of commitments agreed by a company in past merger cases. A company could be required to notify all its transactions simply on the basis of a conditional approval it obtained prior to the entry in force of Option 2, which is unreasonable. This criterion of Option 2 should therefore only reference decisions going forward and not past ones.

- (39) *Second*, even if the point above is considered, this criterion of Option 2 will have chilling effects on commitments, in particular during Phase I merger investigations. Companies sometimes offer commitments simply because of timing issues, not because of genuine substantive issues. In particular, some companies are willing to offer remedies in Phase I to receive merger clearance more quickly, even though the transaction does not raise any competitive concerns. The perspective of mandatory notifications for all future transactions under Option 2 would chill companies' willingness to offer clear-cut remedies in Phase I and would thus impede the effectiveness of the remedy system.
- (40) *Third*, the approach according to which any commitments case should be used as a possible notification trigger does not seem to be appropriate. Indeed, even in a Phase II commitments case, the FCA or the EC only send a statement of objections to the alleged dominant company with preliminary findings of dominance. However, the finding of dominance (and the definition of the relevant market) are not conclusively proven by the FCA or the EC. As the case never progresses to a final prohibition decision, the company is not conclusively considered as being dominant.
- (41) *Fourth*, the prohibition or conditional clearance may be driven by competition concerns in market segments that are not affected in any way by the transaction that would be under review by the FCA. Some companies have multi-market presence with varying degrees of market power in the different markets. Therefore, this criterion of Option 2 may result in a large number of notified transactions that are unlikely to raise competition concerns (e.g., because there is no horizontal overlap or non-horizontal relationship between the activities of the parties).

b. On the second criterion (i.e., in case of decisions involving fines or commitments under Article 102 TFEU or Article L. 420-2 of the French Commercial Code)

- (42) *First*, contrary to what the Consultation suggests, any antitrust decision used as the basis for Option 2 would necessarily have to be a final decision, that is to say a decision which has not been appealed or which was definitively confirmed in appeal. Otherwise, if the antitrust decision that triggered a merger control notification obligation is annulled, the concentration which was notified (and possibly only conditionally approved or even prohibited) should not have been delayed, amended or blocked. This would create untenable legal uncertainty for companies as well as a liability risk for the FCA itself.
- (43) *Second*, should a commitment case under Article 102 TFEU be used as notification trigger, it would chill companies' incentives to offer and agree to commitments before the EC or the FCA.
- (44) *Third*, as for the first criterion, the decisions involving fines or commitments under Article 102 TFEU or Article L. 420-2 of the French Commercial Code may concern market segments that are not affected by the transaction that would be under review by the FCA. Therefore, this criterion of Option 2 may also result in a large number of notified transactions that are unlikely to raise competition concerns (because the reported transaction has no link to the market where dominance was found).

c. On the third criterion (i.e., in case of a DMA gatekeeper designation)

- (45) *First*, this criterion would breach Article 1(5) DMA, which reads: "in order to avoid the fragmentation of the internal market, Member States shall not impose further obligations on gatekeepers by way of laws, regulations or administrative measures for the purpose of ensuring contestable and fair markets" (emphasis added). The EC takes Article 1(5) seriously. For example, in April 2024, the EC examined a draft Act proposed by the Hungarian authorities "*for the benefit of Hungarian consumers and businesses*" and found that it was in

conflict with Article 1(5) because it “*clearly and directly link[ed] a number of obligations exclusively to the status of a gatekeeper*”.⁷ Hungary ultimately dropped the proposed obligation for gatekeepers. However, just like the proposed Hungarian legislation, the third criterion of Option 2 clearly and directly links an obligation exclusively to the status of gatekeeper.

- (46) *Second*, under the DMA, a company may be designated as a gatekeeper in relation to only one or a few of its services (e.g., its search engine). Option 2 would require the gatekeeper to notify all its transactions to the FCA, even when the target does not relate in any way to the designated services, which is extremely broad and punitive. Similarly to the other notification triggers under Option 2, this criterion would result in a large number of notified transactions even if they are unlikely to raise competition concerns and even if they have in fact no connection with the gatekeeper services designated under the DMA.
- (47) *Third*, DMA designation concerns companies that offer one of ten types of services (Article 2(2) DMA). Based on the third criterion of Option 2, the FCA would require notification of all transactions entered by these companies. There may be other companies who have the same or higher impact on the internal market and the same or higher numbers of users but they do not have to notify below-threshold transactions, because they offer different types of services or sell goods. This is an asymmetric and discriminatory outcome because comparably situated companies are treated differently in terms of their merger notification obligations – and without any objective justification.
- (48) *Fourth*, by introducing a standalone notification obligation for all transactions entered by gatekeepers, Option 2 is distorting the logic of Article 14 DMA. Article 14 requires gatekeepers to inform the EC for a sub-set of their concentrations. The DMA specifies that it is then the role of the EC to “*inform Member States of [the gatekeeper’s] information [on the concentration], given the possibility of using the information for national merger control purposes*”.⁸ By introducing an additional, standalone notification requirement, Option 2 ignores the importance of Article 14, ultimately adding to the administrative burden companies have to bear in relation to their transactions.

(iii) Option 2 lacks local and operational nexus

- (49) *First*, Option 2 fails to require the existence of a clear nexus with France in at least two respects:
- Option 2 does not require a clear nexus between the notification trigger (*i.e.*, merger intervention, antitrust fining or commitments decision, DMA designation, etc.) and the French territory: an EC decision finding a firm dominant in Portugal has no informative value for the FCA; and
 - Option 2 does not require a clear nexus between the transaction and the French territory: the activities of the parties to the transaction need to relate to France under any legitimate merger control threshold criterion.
- (50) *Second*, Option 2 does not establish a clear nexus between the notification trigger in question and the transaction. If the transaction is in a totally different market segment than the market segments affected by the notification trigger, this trigger has no informative value.

⁷ Notification 2024/2/HU, 2024 (2273) final, Detailed opinion pursuant to Article 6(2) of Directive (EU) 2015/1535 of 9 September 2015 and Comments pursuant to Article 5(2) of Directive (EU) 2015/1535 of 9 September 2015, 3 April 2024 (see [here](#)), p. 7.

⁸ Recital 71 DMA.

- (51) In fact, this nexus is explicitly required under the Swiss merger control regime that the Consultation refers to. Indeed, Article 9 of the Swiss Cartel Act provides for a mandatory notification if the dominant threshold is met and if the transaction concerns the relevant market of the antitrust decision or a neighboring market.⁹

3.3 OPTION 3

- (52) Option 3 reflects the *Towercast* case law of the CJEU of 16 March 2023, which allows NCAs to pursue transactions under abuse of dominance rules, even if they fall below EU and national jurisdictional thresholds.
- (53) Option 3 has the merit of having already proven effective, as illustrated by the FCA's use of *Towercast* in the meat-cutting case.
- (54) Furthermore, Option 3 enables the FCA to make use of powers that have not yet been exercised in France. Indeed, *Towercast* does not prevent NCAs to intervene also *before* the implementation of the transaction. For instance, the Belgium Competition Authority ("**BCA**") recently initiated a formal investigation of the acquisition by Dossche Mills of Ceres under Article 101 TFEU, right after the announcement of the transaction.¹⁰
- (55) However, as Option 3 still brings legal uncertainty since the FCA can intervene years later after a transaction closed, the FCA should still issue guidelines as to:
- the types of cases it will prioritize under *Towercast*, to provide undertakings with a minimum level of legal certainty;
 - the procedure that companies can use to approach the FCA to get comfort regarding its plans to investigate a transaction under antitrust rules.
- (56) In any event, given the disruptions they entail, Option 3 and the *Towercast* precedent should be applied selectively to cases generating clear and real competitive risks and should not be used to test innovative theories of harm.

CONCLUSION

- (57) In light of the above, Option 3 is the preferable option as it reflects the *Towercast* case law without adding more legal uncertainty. Should the FCA take the view that a new tool is strictly necessary, a deal-value threshold would be the best option to strike an appropriate balance between efficiency and legal certainty. Finally, both Option 1 and 2 trigger significant issues: while Option 1 maximizes legal uncertainty, Option 2 is entirely unprecedented and likely illegal, as it breaches Article 1(5) DMA and contravenes the principles of equality and proportionality by introducing discriminatory criteria that are unrelated to any potential competition concerns.

* *

*

⁹ [Swiss Cartel Act](#), Article 9: "Notwithstanding anything set out in paragraphs 1 to 3 above, notification is mandatory if one of the undertakings concerned has in proceedings under this Act in a final and non-appealable decision been held to be dominant in a market in Switzerland, and if the concentration concerns either that market or an adjacent market or a market upstream or downstream thereof." The Federal Administrative Court specified, in a decision in April 2014, that such a neighboring market includes (i) markets concerning products that are to some extent substitutes or (ii) markets concerning products with parallel demand.

¹⁰ Belgian Competition Authority, January 22, 2025, *Dossche Mills/Ceres* (see press release [here](#)).

Consultation response

Introduction of a Merger Control Framework for Addressing Below-Threshold Mergers

Autorité de la concurrence

AmCham EU speaks for American companies committed to Europe on trade, investment and competitiveness issues. It aims to ensure a growth-orientated business and investment climate in Europe. AmCham EU facilitates the resolution of transatlantic issues that impact business and plays a role in creating better understanding of EU and US positions on business matters. Aggregate US investment in Europe totalled more than €3.7 trillion in 2022, directly supports more than 4.9 million jobs in Europe, and generates billions of euros annually in income, trade and research and development.

Executive summary

Predictability and legal certainty are crucial for effective merger control, as reaffirmed by the European Court of Justice in *Illumina/Grail*. While concerns over below-threshold transactions have led to increased use of residual jurisdiction or call-in powers, such mechanisms can introduce significant uncertainty, deterring investment and innovation. The *Autorité de la concurrence*'s proposed options—call-in powers, mandatory notification for certain companies, or reliance on existing competition rules—must be carefully assessed. Aligning with international best practices, particularly the International Competition Network (ICN) Recommended Practices, ensures that jurisdiction is exercised only when there is a material local nexus. The honed application of Option 3, which focuses on post-merger enforcement using existing antitrust tools under Articles 101 and 102 TFEU, is the most balanced approach as it avoids unnecessary regulatory burdens while preserving competition enforcement capabilities. To maintain France's attractiveness as an investment hub, any regulatory changes should prioritize simplicity, legal certainty, and global consistency.

Introduction

Predictability is the cornerstone of an effective merger control regime. Recently, the Court of Justice of the European Union (CJEU), in *Illumina/Grail*, stated that European merger control 'was designed to ensure a high degree of predictability and legal certainty'.

Clear and predictable rules and jurisdictional thresholds enable companies and authorities alike to define transactions subject to notification. That predictability is vital as it allows the parties to a transaction, their investors and financiers – but crucially also employees, customers and other stakeholders – to anticipate the jurisdictions involved, the scope and likely timing of regulatory reviews and when a transaction can be consummated. Clear and predictable thresholds ensure that the best placed authorities ultimately have jurisdiction over a case, contributing to effective enforcement of competition rules.

However, the increasing complexity of modern markets has led to concerns about below-threshold mergers that may escape traditional review mechanisms. To address this, mandatory notification regimes are now increasingly complemented by the addition of 'residual jurisdiction', sometimes referred to as the ability of a competition authority to 'call in' a transaction if it does not meet the thresholds for mandatory notification.

Such call-in powers provide competition authorities with a tool to review transactions that fall into a perceived jurisdictional 'gap'. However, they can also undermine predictability and certainty.

It is therefore essential that such call-in powers are designed with focus and caution.

Best Practices for Merger Control

The International Competition Network's (ICN) Recommended Practices (RPs) for merger notification and review procedures provide valuable guidance on how the *Autorité de la concurrence* should design its jurisdictional framework.

The work of the ICN has been of tremendous importance to agencies and companies alike. The sharing of best practices, international convergence on jurisdictional and substantive rules, and the expansion of effective and thoughtful competition law enforcement around the world have provided significant benefits to the business community and consumers alike.

Aligning with the ICN RPs is a powerful tool for international convergence which ensures that transactions are screened by the most relevant authority.

In fact, the ICN RPs advocate that jurisdiction should only be asserted over transactions that have a substantial connection to the reviewing jurisdiction (RP.II.A). The determination of a transaction's nexus to the reviewing jurisdiction should be based on activities in that jurisdiction, measured by reference to the activities of at least two parties to the transaction in the local territory and/or by reference to the activities of the acquired business in the jurisdiction (RP.II.C). The latter criteria are further explained (in Comment 1 to RP.II.C) as requiring 'significant local activities' by each of two parties or a target's 'significant presence in the local territory, such as significant local assets or sales in or into the reviewing jurisdiction'. Further, the ICN RPs (in Comment 3 to RP.II.A) recommends that residual jurisdiction may encompass transaction with 'a material nexus to the jurisdiction... that meet lower, non-mandatory notification thresholds'. As emphasised in the RPs, 'when a jurisdiction maintains residual jurisdiction, it should take steps to address the desire of the parties to the transaction for certainty... [including] restricting the competition authority's ability to exercise residual jurisdiction to a specified, limited period of time after the completion of a transaction'.

As can be seen from the above, mandatory as well as residual jurisdiction should therefore be exercised (i) when a competition authority intends to submit a transaction to its review, (ii) on the basis of a material local nexus with reference to significant local activities by each of the two parties or the target for an acquisition and based on objective and measurable criteria and (iii) for residual jurisdiction, within a specified, limited period of time.

When addressing below-threshold transactions, competition authorities must consider these international best practices as well as wider implications for investment, innovation and growth.

Striking the right balance for certainty

Labelling high-value acquisitions as 'killer acquisitions', for instance, may not correspond to market realities and overlooks the immense contributions that investments into, or acquisitions of, smaller companies or early-stage technologies can make through creating innovation, growth and jobs. Observations about perceived large acquisition values may frequently be misguided as innovative technologies can be further developed through access to capital and economies of scale and therefore possess significant value. Policymakers should be careful to suggest such transactions possess anti-competitive intent.

In this context, the *Autorité de la concurrence's* assessment of below-threshold mergers must keep predictability and good governance at the core of merger control to support France's attractiveness and growth. The *Autorité's* public consultation proposes three options to address below-threshold transactions:

- Option 1: A new call-in power

- Option 2: A mandatory notification regime for certain companies
- Option 3: investigating mergers with a potential anti-competitive effect under Art. 101/102

While Option 3 would be the preferred option, another option would be establishing a threshold that captures transactions of a certain significance with a connection to France, taking inspiration from Austria and Germany's recent changes based on transaction value combined with strong local nexus requirements. This approach provides better legal certainty through clear, measurable criteria while effectively capturing significant transactions that might otherwise escape scrutiny under traditional turnover-based tests. Particularly in the digital and innovative sectors, where companies may have limited turnover but substantial market impact, value thresholds have proven effective in jurisdictions like Germany and Austria. The German model, for instance, has a €400 million threshold combined with substantial domestic operations requirements, which allows the German authority to target strategically important transactions without creating undue regulatory burden. It is important to stress however that such an option requires clear and predictable criteria to establish a strong nexus to France, so as to avoid uncertainty and over-enforcement. The Draghi Report suggested adopting this approach to address complexities related to screening below-threshold transactions.

There is an international consensus that merger control should be effective, efficient and timely. This is not only clear from the RPs developed within the ICN but also within the OECD. The OECD Council, in its 2005 Recommendation on Merger Review, stressed the need for member countries to use 'clear and objective criteria to determine whether and when a merger must be notified or, in countries without mandatory notification requirements, whether and when a merger will qualify for review'.

Ultimately, in light of the ECJ's judgement in *Illumina/Grail*, Member States should refrain from adopting measures that would go against reaffirmed EU legal principles, particularly in relation to the "effectiveness, predictability and legal certainty that must be guaranteed to the parties to a concentration" (see para. 206 of the *Illumina/Grail* judgment), and should consider whether their measures would go against or weaken these principles as well as the one-stop-shop principle.

Comments on the proposed options

Option 1: A call-in power for the *Autorité* based on quantitative and qualitative criteria

Call-in powers introduce uncertainty, even when coupled with quantitative and qualitative criteria. Transactions, particularly in high-growth industries, typically occur with quick and strict deal timelines. Unanticipated delays during the clearance phase can cause investors to abandon a transaction. The multiplication of new merger control thresholds in the EU, in particular sometimes based on unclear criteria and/or discretionary call-in powers, increases complexity for companies contemplating international transactions, raising costs, time and resources, and can deter deal-making. This increased complexity will ultimately lead to years of litigation.

Whatever legislative changes the *Autorité* considers need to be considered globally to prevent legal uncertainty that may arrive from jurisdictional rules that introduce uncertainty for investments

outside of French territory. Similarly, the *Autorité* should consider the impact that these rules could have on European and French companies when they are involved in investments globally.

The introduction of qualitative criteria in the jurisdictional analysis also raises concerns, as such criteria will inherently require a substantive assessment – and thereby some discretion and/or uncertainty – and may be instrumentalised by ill-disposed competitors to disrupt or delay a merger. This may unduly disadvantage smaller players with less substantial resources to devote to defending attacks from competitors during the regulatory review.

The proposed turnover threshold could reduce uncertainty, if properly designed, but still expose companies with large footprints in France to discretionary call-in in almost every transaction. This risks having a chilling effect on investments in France by international companies.

With a cumulative approach, firms with a very large turnover in France (particularly global firms), would see almost every transaction they engage in subject to discretionary call-in as long as the other party makes a *de minimis* amount of revenue in France. This would undermine the intent of this approach to preserve legal certainty for companies by subjecting deals with a limited or non-existent nexus in France to discretionary call-in. Linking the turnover threshold **to each party's respective turnover in France**, instead of their cumulative turnover, would avoid creating an essentially universal call-in risk on companies with large turnover in France. Likewise, such a jurisdictional threshold would not comply with the ICN RPs and thus not correspond to internationally accepted best practice

For such a proposal to be implemented, the *Autorité* must apply a clear and narrowly defined 'nexus' requirement based on significant local activities by two parties or a target company, and based on objective (quantitative, not qualitative) grounds. This is particularly the case in relation to nascent technologies or early-stage pipelines, with no existing commercial position in France, and for which there is no certainty as to whether they may, one day, lead to a successful product, let alone eventually reach the French market.

If the *Autorité* chooses to pursue this option, it should consider introducing an option for informal consultation before a deal is signed, as long as it is able to provide certainty on a fast and defined timetable. This aligns with ICN RP.III.D. Consistent with this, any such process should not require significant amounts of detailed information or internal documents to be produced by the parties: it should not be an avenue for obtaining (close to) equivalent information contained in a full filing.

Option 2: A new mandatory notification threshold based on the existence of a prior decision of the *Autorité* or the European Commission (i) to prohibit or clear a merger subject to commitments, (ii) to impose a fine or accepting commitments in the event of anticompetitive practices on the basis of Article 102 TFEU or Article L. 420-2 of the French Commercial Code or (iii) when one of the parties

to the merger has been designated as a gatekeeper by the European Commission under the Digital Markets Act (DMA)

Option 2 is somewhat clearer, by only targeting companies based on previous antitrust and merger decisions linked to French territory or the market concerned by the transaction. Similarly, the criterion would be subject to time-limits, to prevent permanently prejudicing against certain companies.

However, each situation has several problematic elements.

The mandatory-notification requirement, described in (i), for companies that received prohibitions or accepted commitments on previous transactions is disproportionate and addresses irrelevant markets. Most companies are active in multiple product lines across different national markets. Accordingly, commitments and prohibitions are tied to a specific product and its context within a specific market. Subjecting all of a company's transactions to mandatory notification just because a specific product was deemed to have an impact on a specific market is disproportionate. This option would be better if tailored to only apply to transactions within a sector in which a company has previously received prohibitions or commitments on within France.

Similarly, the mandatory-notification requirement, described in (ii), for companies that had Art. 102 cases that ended with commitment decisions is disproportionate. Commitment decisions do not conclusively define relevant markets or establish dominance of the undertaking concerned. In addition, if an Art. 102 commitments case had such repercussions on a company, this could disincentivise it from offering and agreeing commitments. Introducing such a merger notification requirement would retroactively alter the terms and implications of past commitments agreed between a company and an authority.

Both cases amount to a presumption that any merger by a party that has previously been subject to antitrust enforcement generates anticompetitive effects, which is contradictory to EUCJ's case law focusing on an effects-based approach to competition enforcement.

Commitments agreed with competition authorities – either in merger or antitrust proceedings – by definition eliminate competition concerns that may have been identified. Similarly, prohibiting a merger prevents the emergence of a company that could behave in a way negatively affecting competition. Requiring a notification for any company having faced such outcome following proceedings with the *Autorité* or EU Commission is unjustified.

As such, and in alignment with the Swiss dominance threshold which inspired the *Autorité*, the only viable solution with respect to both options (i) and (ii) would be to subject the notification requirement to a prior merger control clearance/prohibition decision, or an abuse of dominance infringement decision, that concerns the same relevant market as the transaction (or at most a market upstream or downstream), and that moreover is final and non-appealable. A time limit preventing reliance on outdated decisions (e.g., those older than five years) should also be considered in light of natural market changes.

In the situation of a gatekeeper, described in (iii), including all firms designated as gatekeepers under the DMA may be unnecessarily broad, discriminatory and duplicative. It seems to rely on an unproven assumption that companies designated as gatekeepers are more likely to have anti-competitive mergers.

The current proposal would require a gatekeeper to notify all transactions in France to the *Autorité*, regardless of whether it is related to the core platform service for which it received its gatekeeper designation. Likewise, it would require the Gatekeeper to notify all transactions related to its core platform service, including transactions without a French nexus and those that may be non-notifiable in other jurisdictions. This is unnecessarily broad and should be limited to **transactions in France related to the core platform service for which the gatekeeper has been designated**. This will limit gatekeepers from having to notify the full breadth of transactions they engage in—most of which are unrelated to their gatekeeper designations.

In any case, imposing a mandatory notification requirement on gatekeepers seems inconsistent with Article 1(5) of the DMA that explicitly prohibits national governments to impose further obligations on ‘gatekeepers’ for the simple reason they have been designated under the DMA. It is duplicative, as Article 14(a) of the DMA already requires gatekeepers to notify the European Commission of relevant concentrations. Article 14(a) of the DMA is sufficient for the purpose of capturing below-threshold transactions, by being broad and lacking a jurisdictional nexus requirement, meaning that gatekeepers must even notify transactions without a European aspect.

The European Commission has already objected to a Member State imposing further obligations on designated gatekeepers and provided a clear interpretation of article 1(5) of the DMA: “Article 1(5) DMA does not allow for this possibility in cases where the obligations deriving from national laws in the sense of Article 1(5) DMA are directly related to the status of a gatekeeper within the meaning of the DMA. The DMA only envisages national legislation where Member States intend to adopt legislation of general application, which would aim at different objectives than the DMA, and which would not link the application of these obligations to the status of gatekeeper within the meaning of the DMA.”¹

Additionally while article 14(a) limits notification requirements to concentrations where the gatekeeper is an acquirer, the *Autorité*’s approach would capture transactions where the gatekeeper is either the buyer or the seller. Given that gatekeeper designations are linked to a company’s size and market power, requiring notifications of gatekeepers’ divestitures does not make sense.

Option 2 would undermine the fundamental principle of equality among companies by introducing arbitrary and discriminatory rules into the French merger control regime. This approach directly conflicts with the existing legal framework established by French lawmakers, which ensures all businesses are subject to uniform and objective standards. Such a departure from equal treatment would compromise the integrity and fairness of France’s well-established merger control system.

¹ <https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/en/notification/25302>

Option 3: Limit the scope of action of the *Autorité* to the enforcement of provisions on anticompetitive practices (anticompetitive agreements and abuse of dominant position) after the implementation of the merger concerned

As demonstrated above, any attempt to capture below-threshold mergers would introduce significant uncertainty to the detriment of France's attractiveness as an investment destination.

Introducing this uncertainty is unnecessary given that the potential anti-competitive risks would be mitigated by the *Autorité's*, and European Commission's, ability to robustly enforce any potential anticompetitive aspects of a transaction when they become material under existing competition tools, such as Articles 101 and 102 TFEU and their French equivalent (potentially combined with interim measures).

Subjecting below-threshold mergers, which lack an immediate impact on competition, to call-in disproportionately harms the smaller party. In many cases, start-ups lack the resources and means to comply with complex or unpredictable reviews. More fundamentally, such companies often have limited cash runways, the frequent need to get access to much needed resources to move to the next stage of their development, and protracted merger reviews combined with suspensory obligations can threaten the very solvency of these companies.² This disincentivises innovative M&A activity and prevents small companies from growing and prevents innovative products and services from reaching the market.

Focusing resources, instead, on enforcing substantiated concerns of anticompetitive practices after the implementation of the merger significantly reduces hesitations and, at worst, abandoned growth opportunities caused by an unpredictable call-in environment.

However, with the Draghi Report citing the use of Article 101 and 102 TFEU for below-threshold mergers as a source of an 'increasingly complex and uncertain' merger control environment, significant work remains to ensure that these articles are used in an efficient and targeted manner. Article 101 and 102 TFEU investigations are burdensome and unpredictable for companies and authorities alike and increasing their efficiency will support Europe's competitiveness. In this respect, it is essential that, should the *Autorité* decide to use Articles 101 and 102 TFEU combined with interim measures to capture transactions, where the mere fact of acquiring a target may constitute an infringement of Articles 101 or 102 TFEU, the *Autorité* must establish clear guidelines specifying the specific circumstances—which must remain exceptional—under which it may do so, as well as safeguard mechanisms to limit the initiation of proceedings to a very short period of time following closing so as to not reintroduce legal uncertainty for companies.

² It is sometimes argued that this is an issue of moral hazard. However, this is not the case where the liquidity issues have resulted from the highly uncertain nature of a call-in regime rather than where a seller has selected an acquirer that: (i) triggers clear merger control review thresholds; and (ii) gives rise to substantive issues that need exploring in a protracted review.

Conclusion

The *Autorité*'s proposed approaches to below-threshold mergers each contain unique risks to the attractiveness of French and international start-ups and nascent technologies or early pipelines, as well as the appetite for large companies to consider transactions linked to France.

Instead of choosing options 1 or 2, the *Autorité* should opt to focus on option 3 to prevent unexpected consequences caused by imposing a discretionary call-in power or mandatory notification regime. Option 3 is grounded in the case law of the CJEU and avoids imposing further unjustified regulatory obligations on businesses.

In any case, the *Autorité* must pursue this revision with simplification and predictability in mind. Efforts to require the mandatory notification of below-threshold mergers adds to an increasingly complex and unpredictable regulatory environment in and out of competition law. The EU Strategic Compass noted that 'many signal that the complexity, variety, and duration of permitting and administrative procedures make Europe a less attractive location for investment, compared to other regions' calling on 'all the EU, national, and local institutions [to] make a major effort to produce simpler rules and to accelerate the speed of administrative procedures'. With its assessment of below-threshold transactions, the *Autorité* has an opportunity to put this principle into practice.

CONTRIBUTION DE L'APDC
DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION PUBLIQUE LANCEE PAR
L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE RELATIVE A L'INTRODUCTION D'UN
SYSTEME DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS
POUR LES OPERATIONS SOUS LES SEUILS DE NOTIFICATION

16 FEVRIER 2025

1. INTRODUCTION

1. L'Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence (ci-après, l'« **APDC** ») présente ci-après ses observations dans le cadre de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence (ci-après, l'« **Autorité** ») le 14 janvier 2025 relative à l'introduction d'un système de contrôle des concentrations ne franchissant pas les seuils de notification prévus par le Code de commerce.
2. L'APDC salue l'initiative de l'Autorité de procéder à une consultation sur ce sujet, dont les enjeux sont cruciaux pour les entreprises et leurs conseils. Témoin de l'intérêt que ce sujet suscite, le groupe de travail de l'APDC à l'origine de la présente contribution était composé de plus d'une quarantaine d'avocats.
3. Pour les raisons détaillées dans les remarques liminaires ci-dessous, l'APDC considère que le cadre juridique actuellement applicable en France permet un contrôle efficace des concentrations au niveau national. Par conséquent, l'APDC n'est pas favorable à l'introduction d'une nouvelle voie de contrôle des opérations ne franchissant pas les seuils de notification français.

4. Néanmoins, l'APDC formule aux sections 3 à 5 ci-dessous des observations sur chacune des options présentées par l'Autorité dans le document de consultation publique publié par l'Autorité le 14 janvier 2025 (ci-après, le « **Document de Consultation** »).

2. REMARQUES LIMINAIRES

5. Pour justifier l'extension du champ du contrôle des concentrations par l'introduction d'un nouveau moyen d'intervention pour les opérations sous les seuils de notification, il apparaît nécessaire de démontrer une « faille » un tant soit peu significative dans le contrôle actuel (« *enforcement gap* »), qu'il conviendrait de combler.
6. Dans son Document de Consultation, l'Autorité indique constater, depuis plusieurs années, 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 échapperaient à tout contrôle en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires de la cible au moment de son acquisition. Néanmoins, l'Autorité ne fournit pas d'exemple concret d'opération problématique ayant échappé à son contrôle.
7. Pourtant, jusqu'à l'arrêt du 3 septembre 2024 de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « **CJUE** ») dans l'affaire *Illumina/GRAIL*, l'Autorité considérait que les opérations ne franchissant pas les seuils de notification français mais répondant aux critères de l'article 22 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le « **Règlement Concentrations** ») pouvaient être examinées, à la suite d'un renvoi, par la Commission européenne (ci-après, la « **Commission** »). Or, malgré l'encouragement de la Commission à lui renvoyer l'examen d'opérations de concentration par le biais de ce mécanisme, l'Autorité a, semble-t-il, très peu employé cette voie procédurale.
8. La rareté des affaires « problématiques » susceptibles d'échapper à tout contrôle s'explique en réalité par le champ déjà très large du contrôle *ex ante* de l'Autorité résultant de seuils au demeurant objectivement bas au regard de la taille de l'économie française (et dont la perspective de révision est saluée par l'APDC). Ainsi, les seuils de notification nationaux actuels (ou tels qu'ils seraient révisés prochainement) sont suffisants pour permettre à l'Autorité

de procéder à un examen de quasiment toutes les opérations de concentration pouvant s'avérer problématiques.

9. Le pouvoir de l'Autorité d'exiger une notification préalable obligatoire pour les opérations franchissant ces seuils est par ailleurs complété, depuis l'arrêt du 16 mars 2023 de la CJUE dans l'affaire *Towercast*, par sa capacité à contrôler *ex post* une opération qu'elle jugerait potentiellement problématique sur le fondement de l'article 102 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, le « TFUE »).
10. Bien que l'APDC considère que la jurisprudence *Towercast* soit génératrice de risques juridiques importants et d'incertitudes significatives pour les entreprises (ce qui impose d'en faire usage avec précaution et parcimonie), elle observe que l'arrêt fait désormais partie intégrante du cadre juridique applicable au contrôle des concentrations en France.
11. Ces deux outils d'intervention (ajoutés à l'article L. 430-9 du Code de commerce, qui permet à l'Autorité de remettre en cause une concentration ayant permis un abus de position dominante) confèrent ainsi d'ores et déjà à l'Autorité des pouvoirs étendus.
12. À la lumière de ce qui précède, l'APDC considère que le cadre juridique actuellement applicable en France suffit à contrôler la quasi-totalité des opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence, et qu'en conséquence, l'instauration de pouvoirs d'intervention supplémentaires, tels que proposés par l'Autorité dans son Document de Consultation, n'est ni nécessaire ni souhaitable.
13. Ainsi, à supposer qu'une faille existe, son ampleur devra être précisément quantifiée, au moyen d'une véritable étude d'impact approfondie, avant d'envisager l'introduction de mécanismes correcteurs qui, à des degrés divers, sont tous générateurs de risques et d'incertitude pour les entreprises.
14. Dans le cas où l'Autorité envisagerait néanmoins de proposer au gouvernement une réforme des règles actuelles en matière de contrôle des concentrations, celle-ci devrait préserver l'équilibre entre un contrôle efficace de la concurrence et les impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité des calendriers « M&A », en particulier dans un contexte où le rapport Draghi

rappelle l'importance de la prévisibilité juridique afin de favoriser un mouvement de réindustrialisation de l'Union européenne.

15. De ce point de vue, l'APDC considère que les options suivantes seraient à privilégier dans l'intérêt de la sécurité juridique des entreprises :

- L'APDC considère que l'introduction d'un nouveau seuil *ex ante*, fondé sur la valeur de la transaction, similaire à ceux introduits en Allemagne et en Autriche, serait nettement préférable à toutes les options présentées dans le Document de Consultation.

Nonobstant les inconvénients d'un tel seuil¹, cette option permet en effet d'éviter la remise en cause d'opérations d'ores et déjà mises en œuvre. Le seuil applicable devrait en tout état de cause être fixé de sorte à "*minimiser, à la fois, le nombre d'opérations non susceptibles de soulever des problèmes de concurrence qui seraient appréhendées par le régime, et le nombre d'opération pouvant soulever de tels problèmes qui ne relèvent pas de ce régime*", conformément aux objectifs rappelés par l'Avocat général dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Illumina/GRAIL*².

- A défaut de la mise en place d'un tel seuil quantitatif *ex ante* fondé sur la valeur de la transaction, un pouvoir d'évocation ne pourrait être instauré qu'à la double condition d'être à la fois ciblé sur la base de critères quantitatifs bien définis, et circonscrit quant à ses modalités de mise en œuvre. Un pouvoir d'évocation ainsi délimité permettrait également à l'Autorité de consacrer ses ressources aux seules opérations soulevant de réelles préoccupations de concurrence, et d'éviter des procédures *a posteriori* complexes et longues sur le fondement de l'article 102 TFUE. En tout état de cause, toujours dans un objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, le recours à la procédure d'évocation devrait avoir pour conséquence d'exclure une saisine *ex officio* des services d'instruction sur le fondement de l'article 102 TFUE, voire de justifier le rejet d'une saisine à ce titre, en application du principe de l'opportunité des poursuites.

¹ Sur ce point, voir la contribution de l'APDC à la consultation publique lancée par l'Autorité le 20 octobre 2017 relative à la réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.

² Conclusions de l'Avocat Général M. Nicholas Emiliou présentées le 21 mars 2024 dans les affaires jointes C-611/22 P et C-625/22 P, *Illumina GRAIL*.

3. DISCUSSION DE L'OPTION 1

3.1 LA CREATION D'UN POUVOIR D'EVOCATION NE SAURAIT COMPLETER LE CADRE JURIDIQUE ACTUEL SANS PORTER UNE ATTEINTE DISPROPORTIONNEE A LA SECURITE JURIDIQUE

16. La première option proposée par l'Autorité, laquelle vise à créer un pouvoir d'évocation ciblé pouvant être mis en œuvre par l'Autorité et encadré par des critères quantitatifs et qualitatifs, soulève de nombreux points d'inquiétude.
17. En effet, un mécanisme d'évocation est en tant que tel source d'insécurité juridique significative pour les entreprises (3.1.1) ; cela est d'autant plus le cas que d'autres instruments permettent déjà d'appréhender les opérations sous les seuils (3.1.2) et qu'un nouveau mécanisme français viendrait participer à un véritable empilement de mécanismes semblables – mais différents et hétérogènes – au sein de l'Union européenne (3.1.3).

3.1.1. Tout mécanisme d'évocation est en tant que tel source d'insécurité juridique pour les entreprises

18. Le simple fait qu'une opération de concentration puisse faire l'objet d'un contrôle alors qu'elle ne franchit pas les seuils applicable à une notification préalable est générateur d'insécurité juridique importante pour les entreprises. C'est pour cette raison que la France, comme l'Union européenne, se sont dotées en la matière d'un régime d'autorisation préalable, fondé sur des critères aisément appréciables tels que le chiffre d'affaires. Introduire la possibilité d'un contrôle *a posteriori* nuit par nature à la prévisibilité du système existant. Cela est regrettable en soi et semble d'autant moins nécessaire que, comme rappelé en introduction, il n'est pas établi qu'existe un « *enforcement gap* » d'une telle ampleur qu'il justifierait l'introduction de mécanismes correcteurs. A ce titre, par exemple, en Norvège, depuis l'introduction de ce mécanisme, en 2014, ce pouvoir a été utilisé dans seulement onze cas, étant précisé que la majorité des transactions a été autorisée, soit sans condition (en phase 1 ou 2), soit avec des engagements limités³.

³ Concurrences, *Nordic Dinner - Merger Below Thresholds Oslo*, 5 septembre 2024, page 9, [disponible ici](#).

19. L'insécurité liée au pouvoir d'évocation est d'autant plus forte que la marge de manœuvre laissée à l'Autorité est grande, à la fois en ce qui concerne le critère de fond (menace d'affectation de la concurrence) et en ce qui concerne le délai d'intervention (nous renvoyons à ce titre aux observations ci-dessous concernant ces critères).
20. Or, dans son arrêt rendu dans le cadre de l'affaire *Illumina/GRAIL*, la CJUE a rappelé la nécessité, pour les entreprises, de garantir la prévisibilité du régime de contrôle des concentrations européen comme national⁴. La légalité même d'un pouvoir d'évocation ne garantissant pas suffisamment de prévisibilité pour les entreprises serait donc incertaine.
21. Cette question pourrait d'ailleurs être prochainement tranchée à l'occasion de l'affaire *Nvidia/Run :AI* actuellement pendante devant le Tribunal de l'Union européenne (aff. T-15/25).
22. Dans ce contexte, l'introduction en France d'un tel pouvoir d'évocation n'est pas souhaitable.

3.1.2. Le contrôle des concentrations sous les seuils est déjà possible en France sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles

23. Comme déjà rappelé dans les remarques liminaires ci-dessus, la jurisprudence récente de la CJUE dans l'arrêt *Towercast*⁵ reconnaît un effet direct à l'article 102 TFUE et permet désormais aux autorités de concurrence de sanctionner les opérations de concentration après leur réalisation, lorsqu'elles sont constitutives d'un abus de position dominante.
24. En d'autres termes, quand bien même un pouvoir d'évocation serait mis en place, l'Autorité conserverait la possibilité de contrôler des opérations de concentration susceptibles de soulever des problèmes de concurrence sur le fondement de l'article 102 TFUE et/ou de l'article L. 420-2 du Code de commerce, postérieurement à leur réalisation et dans la seule limite des délais de

⁴ CJUE, *Illumina/GRAIL*, aff. jointes C-611/22 P et C-625/22 P, 3 septembre 2024, para. 209 : « *La détermination de la compétence des autorités nationales de concurrence par référence à des critères liés aux chiffres d'affaires est un gage important de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises concernées qui doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme, notamment en ce qui concerne la langue et le contenu des informations requises, elles doivent saisir celle-ci lorsqu'elles s'engagent dans une opération de concentration.* »

⁵ CJUE, *Towercast SASU/Autorité de la concurrence*, aff. C-449/21, 16 mars 2023.

prescription, telle que mentionnée dans l’Option 3 proposée dans le Document de Consultation de l’Autorité.

25. L’Autorité considère par ailleurs qu’une opération de concentration sous les seuils, non notifiée *ex ante*, peut également être appréhendée sous l’angle des articles 101 TFUE et/ou L.420-1 du Code de commerce⁶.
26. Dès lors, retenir l’Option 1 aurait pour conséquence qu’une opération de concentration qui pourrait faire l’objet d’un contrôle de l’Autorité en vertu du pouvoir d’évocation pourrait également – alternativement ou cumulativement – être analysée sous l’angle des pratiques anticoncurrentielles. L’insécurité juridique pour les entreprises s’en trouverait accrue et non réduite.

3.1.3. L’Option 1 viendrait s’ajouter à un ensemble très hétérogène de mécanismes d’évocation dans divers Etats membres

27. Il convient de souligner, comme le fait elle-même l’Autorité dans son Document de Consultation, que des mécanismes similaires au pouvoir d’évocation envisagé par l’Autorité existent déjà dans 11 Etats membres de l’Espace économique européen (ci-après « **EEE** ») – Chypre, Danemark, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Norvège, Slovaquie et Suède.
28. Or, l’analyse de ces différents pouvoirs d’évocation adoptés par certains Etats membres de l’EEE, révèle une hétérogénéité marquée, tant sur les critères utilisés que sur les délais d’application.

⁶ Décision de l’Autorité n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l’équarrissage.

29. En effet, plusieurs pays imposent des seuils de chiffre d'affaires inférieurs à leurs seuils généraux pour autoriser une intervention⁷. En Norvège, certaines entreprises stratégiques doivent notifier systématiquement toute acquisition de plus de 5 % des parts d'une société. En Lettonie et en Slovénie, l'évaluation repose sur les parts de marché des parties. La Lettonie exige une part de marché cumulée de 40 % assortie d'autres conditions spécifiques, tandis que la Slovénie applique un seuil de 60 %, sans condition supplémentaire.
30. D'autres Etats retiennent, quant à eux, encore d'autres critères :
- en Irlande, il suffit que l'opération soit susceptible d'affecter la concurrence sur le marché national, sans critère de seuil supplémentaire ;
 - de même, la Lituanie se concentre sur l'impact potentiel de l'opération, notamment lorsqu'elle pourrait entraîner la création ou le renforcement d'une position dominante, ou une restriction significative de la concurrence sur le marché pertinent⁸ ;
 - à Chypre, les opérations classées comme étant de "grande importance" ne peuvent être évoquées qu'après l'émission d'un décret spécifique du ministre de l'Énergie, du Commerce et de l'Industrie. L'autorité de concurrence n'a donc pas la liberté d'agir sans une décision ministérielle préalable.
31. Enfin, les régimes diffèrent également sur les délais dans lesquels les autorités peuvent intervenir pour examiner une opération. Certains pays, comme la Suède⁹ et Chypre, ne prévoient aucune limite de temps pour exercer leurs pouvoirs d'évocation. En revanche, d'autres États prévoient des délais : ainsi, en Italie¹⁰, au Danemark et en Hongrie, les autorités

⁷ En Italie, l'une des conditions possibles est que le chiffre d'affaires combiné des parties dépasse 567 millions d'euros (V. pour une description du régime italien : <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/february-2024/the-italian-competition-authority-publishes-further-guidance-on-its-power-to>); en Suède, ce seuil est fixé à environ 87 millions d'euros (loi suédoise sur la concurrence, chap. 4, sect. 7. - V. également les orientations de l'autorité suédoise de la concurrence pour la notification et l'examen des concentrations entre entreprises, § 23.), tandis qu'en Hongrie, il est nettement plus bas, à environ 12 millions d'euros ; au Danemark, l'exigence est encore plus modeste, avec un seuil situé autour de 7 millions d'euros.

⁸ Article 13 de la loi lituanienne sur la concurrence.

⁹ Loi suédoise sur la concurrence, chap. 4, sect. 7. - V. également les orientations de l'autorité suédoise de la concurrence pour la notification et l'examen des concentrations entre entreprises, § 23.

¹⁰ V. pour une description du régime italien : <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/february-2024/the-italian-competition-authority-publishes-further-guidance-on-its-power-to>

disposent d'un délai de six mois après la réalisation de l'opération pour intervenir, tandis qu'en Irlande, ce délai est de 60 jours ouvrables à compter de l'annonce publique de l'opération, de la prise de connaissance de celle-ci par l'autorité locale ou, à défaut, de sa réalisation.

32. Il résulte de ce qui précède qu'il existe déjà un ensemble très fourni et hétérogène de pouvoirs d'évocation au sein de l'Union européenne ; cette situation est déjà génératrice d'une insécurité juridique forte pour les entreprises. Rajouter un nouveau régime d'évocation avec ses propres critères et ses propres délais ne pourra qu'accroître cette insécurité juridique au sein de l'Union européenne, qui s'ajouterait à celle parallèlement créée par l'Option 1 dans le système français.

3.2 CONDITIONS MINIMALES INDISPENSABLES DANS L'HYPOTHESE OU L'AUTORITE SERAIT DOTEES D'UN POUVOIR D'EVOCATION

33. Dans l'hypothèse où l'Autorité se doterait d'un pouvoir d'évocation, l'APDC considère qu'il serait indispensable que celui-ci soit strictement encadré, tant sur le fond qu'en termes de procédure. Dans les développements qui suivent, l'APDC expose donc les garanties minimales que devrait, selon elle, offrir tout pouvoir d'évocation éventuel de l'Autorité. Celles-ci ont trait en particulier aux conditions de seuils (3.2.1), aux délais et autres garanties procédurales, notamment concernant la possibilité pour les parties de consulter l'Autorité en cas de doute (3.2.2), ainsi qu'à la publication de futures lignes directrices (3.2.3).

3.2.1. Conditions de seuils

34. Dans l'hypothèse où l'Autorité serait dotée d'un pouvoir d'évocation, l'APDC accueille favorablement l'encadrement indispensable du pouvoir d'évocation établi sur des critères à la fois quantitatifs (seuil de chiffre d'affaires) et qualitatifs (menace d'affectation significative de la concurrence) pour fonder la compétence de l'Autorité.
35. Toutefois, afin d'éviter l'incertitude générée par l'application passée de l'article 22 du Règlement Concentrations, l'APDC insiste sur la prévalence de critères objectifs pour répondre à l'exigence de sécurité juridique de toutes les entreprises.

36. Pour maximiser l'efficacité de cette mesure, l'APDC recommande :

- i. l'instauration d'un seuil de chiffre d'affaires clair, pour l'acquéreur et la cible ;
- ii. l'introduction d'une exigence de nexus local ; et
- iii. la clarification du critère de menace d'affectation significative de la concurrence et un devoir de motivation de l'Autorité à cet égard.

i. L'importance d'un seuil de chiffre d'affaires clair et prévisible, en cohérence avec les nouveaux seuils relevés à venir : un impératif pour la sécurité juridique

37. La mise en place d'un critère quantitatif pour encadrer tout pouvoir d'évocation éventuel est impératif. Comme l'a rappelé la CJUE dans son arrêt *Illumina/GRAIL*, les seuils fixés dans le cadre de régimes de contrôle des concentrations préalables sont d'une « *importance capitale* » car ils permettent aux entreprises de déterminer facilement si leur opération doit être notifiée et, dans l'affirmative, à quel moment une décision pourrait être attendue. Il s'agit d'une « *garantie importante de prévisibilité et de sécurité juridique* »¹¹.

38. L'APDC salue donc la volonté de l'Autorité d'instaurer un seuil de chiffre d'affaires sur lequel fonder un éventuel pouvoir d'évocation. Toutefois, si l'Autorité ne fait à ce stade aucune proposition concrète quant au niveau auquel un tel seuil pourrait être fixé, l'APDC considère que celui-ci devrait, *a minima*, être cohérent avec le projet en cours de relèvement des seuils que l'Autorité a appelé de ses vœux et prendre ces nouveaux seuils à venir comme point de départ de l'élaboration d'un seuil supplémentaire pour le pouvoir d'évocation.

ii. Le nexus local : un cadre territorial ciblé et mesurable

39. En l'état, le seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France ne garantit pas de nexus local pour l'opération. Il s'agit pourtant là d'un impératif tant de sécurité juridique pour les entreprises parties à des opérations internationales, sans lien objectif avec la France, que de bon fonctionnement pour l'Autorité : en l'absence d'une exigence claire d'un *nexus local*, les

¹¹ CJUE, 3 septembre 2024, *Illumina et GRAIL c/ Commission*, Affaires C-622/11 et C-625/22, paragraphes 208-209.

entreprises pourraient être ainsi contraintes de consulter l'Autorité sur son pouvoir d'évocation dans le cadre d'un grand nombre d'opérations n'ayant qu'un lien marginal ou indirect avec le marché français – ce qui irait à l'encontre de l'objectif initial de cibler les opérations potentiellement problématiques ainsi que de celui d'optimisation des ressources de l'Autorité. Seules les opérations susceptibles d'avoir un impact significatif sur le marché français – définies selon un critère objectif – devraient pouvoir entrer dans le champ du contrôle de l'Autorité.

40. L'APDC recommande en conséquence l'instauration de seuils quantitatifs simples, objectifs et incontestables pour caractériser le lien de rattachement territorial. Ces seuils pourraient exiger:
- que l'acquéreur (ou, en cas d'acquisition de contrôle conjoint, au moins une des entreprises acquérant le contrôle) ait réalisé en France un chiffre d'affaires relativement élevé, supérieur à 50 millions d'euros par exemple, au cours du dernier exercice clos ;
 - que la cible ait également réalisé en France un chiffre d'affaires suffisamment significatif, d'un minimum de 1 million d'euros par exemple, au cours du dernier exercice clos.
41. A défaut d'un critère clair et objectif d'un chiffre d'affaires existant de la cible – qui serait de toute évidence le plus facile à mettre en œuvre pour toutes les parties prenantes – l'APDC considère qu'il faudrait *a minima* que l'Autorité puisse justifier son intervention sur la base de projets concrets et réalistes de développement de la cible en France, sur un horizon maximal de 3 ans, en cohérence par exemple avec la notion de « concurrent potentiel » dans les lignes directrices horizontales de la Commission¹².
42. Dans ses précédentes contributions, l'APDC avait mis en garde l'Autorité contre les dangers d'un lien de rattachement basé sur des critères purement qualitatifs, tels que l'« activité substantielle » ou le « lien significatif » avec le territoire national, comme c'était déjà le cas, par exemple, en Allemagne ou en Autriche. Si ces deux autorités ont depuis mis à jour leurs orientations pour préciser les contours de ces notions, celles-ci continuent néanmoins régulièrement de poser des difficultés d'application en pratique.

¹² Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2023/C 259/01), pt 16.

iii. Le critère de menace à la concurrence : une clarification indispensable

43. Le critère qualitatif de « menace d'affectation significative à la concurrence » introduit un élément de subjectivité par opposition aux seuils quantifiés. Une telle subjectivité peut engendrer des interprétations divergentes et, *in fine*, aboutir à une application arbitraire ou disproportionnée, préjudiciable pour les entreprises.
44. En réponse, l'APDC appelle l'Autorité à délimiter un « seuil de menace » pour clarifier ses critères d'intervention, à l'image des systèmes italiens ou danois à travers l'identification d'exemples concrets d'opérations concernées et l'élaboration de lignes directrices détaillées contenant des scénarios types. Ces clarifications renforceraient la prévisibilité du cadre juridique, pour permettre aux entreprises de s'auto-évaluer de manière claire et cohérente, tout en garantissant la confiance des parties prenantes.

3.2.2. Encadrement procédural

i. Encadrement temporel légal

45. L'APDC estime que tout pouvoir d'évocation devrait être strictement limité dans le temps, afin d'assurer la sécurité juridique des entreprises. L'APDC propose que l'Autorité puisse évoquer une opération jusqu'à 60 jours ouvrés maximum à compter du jour suivant le premier des événements limitativement énumérés ci-dessous (sur le modèle du système irlandais¹³):
- l'annonce publique de l'opération par les parties ; ou
 - la connaissance de l'opération par l'Autorité par tout moyen, en particulier :
 - la communication volontaire par les parties – un délai spécifique plus court s'appliquerait alors (voir ci-après) ; ou
 - la notification de l'opération au titre du contrôle des concentrations devant toute autre autorité de concurrence, qu'elle soit dans ou en dehors de l'UE ; ou

¹³

La *Competition and Consumer Protection Commission* dispose de 60 jours ouvrables à compter (i) de la date à laquelle les parties annoncent publiquement l'opération, (ii) de la date à laquelle elle prend connaissance de l'opération ou (iii) à défaut, de la date du *closing*.

- la communication par tout tiers (de manière formelle, type plainte, ou informelle) ;
ou, à défaut
 - la réalisation de l'opération.
46. L'APDC estime que le délai de 60 jours ouvrés présenterait un équilibre satisfaisant entre, d'une part, l'exigence de sécurité juridique et, d'autre part, les objectifs poursuivis par l'Autorité. Tout délai supérieur à 60 jours ouvrés ferait peser un risque juridique excessif et risquerait de retarder la réalisation des opérations, ce qui serait particulièrement préoccupant, notamment pour les entreprises en difficulté.
- ii. Faculté pour les parties de se rapprocher de l'Autorité en cas de doute (procédure de consultation)***
47. Dans l'hypothèse où l'Autorité serait dotée d'un pouvoir d'évocation, l'APDC accueille favorablement la possibilité envisagée par l'Autorité de permettre aux entreprises de la consulter « en cas de doute », une telle faculté étant indispensable à la préservation d'une forme de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises.
48. Afin de garantir son efficacité, l'APDC considère que ce mécanisme de consultation devrait être encadré à au moins deux égards, quant (i) au niveau d'informations à fournir par les parties dans ce cadre d'une part et (ii) au délai de traitement de la demande par l'Autorité d'autre part.
49. S'agissant des informations à fournir par les parties, l'APDC invite l'Autorité à lister le plus précisément possible, dans les lignes directrices qu'elle prévoit d'adopter, le contenu minimal des informations qu'elle attendrait pour se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation.
50. Les informations à fournir par les parties dans ce cadre devraient nécessairement être significativement moins lourdes que les informations requises dans le cadre d'un formulaire de notification formelle, en particulier en termes de documentation interne et transactionnelle ainsi que de données de marché.

51. L'APDC recommande également que les parties puissent se rapprocher de l'Autorité à tout moment, indépendamment de la signature d'un accord (contraignant ou non-contraignant), et quel que soit le degré d'avancement du projet de concentration envisagé.
52. S'agissant du calendrier, compte tenu des contraintes temporelles inhérentes à la vie des affaires, particulièrement en matière d'opérations de fusions-acquisitions, il conviendrait d'assurer un traitement rapide et efficace des demandes de consultation intervenant dans le contexte d'une opération de concentration sous les seuils.
53. L'APDC invite donc l'Autorité à s'engager à traiter les demandes de consultation le plus rapidement possible, *a minima* dans ses lignes directrices, en des termes précis, c'est-à-dire sans se contenter d'une référence à un délai « raisonnable ». Si une opération devait être portée volontairement à sa connaissance par les parties, l'APDC suggère que l'Autorité s'engage à faire ses meilleurs efforts pour indiquer son intention ou son absence d'intention de faire usage du pouvoir d'évocation dans un délai maximal de 15 jours ouvrés, à compter, bien-sûr, de la transmission complète par les parties des informations minimales attendues par l'Autorité (qui auraient été précisées au préalable, cf. supra).

iii. Demandes d'informations de l'Autorité (hors demande de consultation)

54. L'Autorité pourra solliciter des informations des parties par le biais de demandes d'informations. L'APDC suggère que l'Autorité indique, dans des lignes directrices, qu'elle limitera en principe à deux le nombre de demandes d'informations¹⁴. Les demandes d'informations de l'Autorité devront être (i) ciblées et (ii) proportionnées au but poursuivi. Elles ne sauraient concerner un volume d'informations tel que la réponse s'apparenterait à une quasi-notification. Les demandes d'informations de l'Autorité ne devraient pas suspendre les délais, l'Autorité devant en tout état de cause tenir compte du délai maximal de 60 jours ouvrés.

¹⁴ A l'image, par exemple, de ce qu'indique la CMA au Royaume-Uni: « *If the initial response to these questions is insufficient, the CMA might ask supplementary clarifying questions without opening an investigation, but the CMA will not typically engage in more than two rounds of questions before taking a decision whether or not to investigate.* » (Guidance on the CMA's mergers intelligence function, para 2.3)

iv. Moyens humains et matériels

55. Pour que le système soit à la fois efficace et respectueux des droits des entreprises, il apparaîtrait indispensable à l'APDC que l'Autorité se dote des moyens humains et matériels spécifiques lui permettant de détecter rapidement les opérations potentiellement problématiques sous les seuils (outil de veille des communiqués de presse, équipe dédiée ...) et de traiter rapidement les demandes de consultation et les réponses à ses demandes d'informations. L'APDC note à cet égard que le projet de rehaussement des seuils de contrôle des concentrations en cours de discussion en France devrait réduire le nombre de notifications d'environ 30% (de l'ordre de 70 opérations par an), selon le chef du service des concentrations (v. *Décideurs magazine* ; janvier 2025). Cette libération de ressources devrait permettre à l'Autorité d'investir dans les moyens adéquats pour rendre son pouvoir d'évocation efficace.

v. Forme et contenu des décisions d'évocation ou de non-évocation

56. Si, après consultation par les parties ou après avoir reçu les réponses à ses demandes d'information, l'Autorité décide de ne pas évoquer une opération, cette décision devra l'engager de façon claire et non équivoque. Elle devra en informer les parties à la concentration par écrit.
57. Dans un tel cas de figure, l'APDC estime que la décision de l'Autorité devrait garantir aux parties non seulement qu'elle n'exercera pas son pouvoir d'évocation pour analyser l'opération au titre du contrôle des concentrations, mais également qu'elle n'entend pas intervenir *ex post*, sur le fondement des articles 101 et, en application de la jurisprudence *Towercast*, 102 TFUE (et/ou de leurs équivalents en droit français). A défaut, la sécurité juridique garantie aux entreprises ne serait que relative, et donc, tout à fait illusoire.
58. *A minima*, l'Autorité devrait, dans sa décision ou de manière générale dans ses lignes directrices, s'engager à ne pas faire usage de son pouvoir de sanction dans l'hypothèse où, pour des raisons et dans des circonstances exceptionnelles, elle serait ultérieurement amenée à agir *ex post*, sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, à l'encontre d'une concentration sous les seuils ayant fait l'objet de cette consultation. L'Autorité pourrait ainsi utilement s'inspirer de la solution adoptée par les autorités de concurrence néerlandaise et

britannique dans le cadre de leurs procédures de consultation informelle en matière d'accords de développement durable¹⁵.

59. Enfin, dans ce même objectif de contribuer à une sécurité juridique maximale, l'APDC considère que la décision prise par l'Autorité après consultation par les parties ou après avoir reçu les réponses à ses demandes d'information devrait être signée par une personne ayant autorité sur d'éventuelles poursuites en matière de pratiques anticoncurrentielles, afin de lui donner une portée plus générale et une opposabilité plus importante.

vi. Procédure de notification en cas d'évocation

60. Si l'Autorité fait usage du pouvoir d'évocation, les délais classiques de contrôle des concentrations s'appliqueront, étant précisé que l'Autorité ne pourra pas fixer de date butoir de notification / prénotification.

3.2.3. Précisions à apporter dans des lignes directrices

61. L'APDC accueille favorablement l'annonce par l'Autorité, dans le cas où l'option 1 serait retenue, de la publication de lignes directrices relatives à son pouvoir d'évocation.
62. Pour atteindre leur objectif d'apporter aux entreprises la sécurité juridique indispensable à leurs activités de fusion-acquisition, ces lignes directrices devraient être aussi précises et complètes

¹⁵ Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), « *ACM's oversight of sustainability agreements* », 4 octobre 2023, para. 40: « *In principle, ACM will not impose fines on undertakings that (i) have submitted their sustainability agreement to ACM and (ii) with regard to which ACM has indicated that it does not appear to be in breach of the competition rules, even if it later turns out that the agreement is not compatible with the competition rules. The same applies if ACM has indicated that no further investigation will be conducted, if it later turns out that the criteria required for this are not met after all.* »

UK Competition and Markets Authority (CMA), « *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements* », 12 octobre 2023, para. 7.13: « *The CMA does not expect to take enforcement action in relation to an agreement which was discussed with the CMA in advance under the open door policy and where the CMA did not raise concerns (or where any concerns that were raised by the CMA have been addressed by the parties). However, if in the future we were to conclude that further consideration of the agreement was necessary the CMA would not issue fines against the parties that had implemented the agreement if it were to subsequently conclude that the agreement infringed the Chapter I prohibition of the Competition Act 1998.* »

que possible, *a fortiori* dans la mesure où elles viendraient encadrer une pratique nouvelle de l'Autorité.

63. Le contenu de ces lignes directrices peut être discuté en envisageant *a minima* :
- i. l'articulation des lignes directrices avec l'encadrement du pouvoir d'évocation fixé par la loi ;
 - ii. les précisions relatives à l'encadrement du pouvoir de l'Autorité ;
 - iii. les précisions souhaitées sur les orientations et priorités de l'Autorité ; et
 - iv. la procédure et les modalités concrètes de mise en œuvre.
64. En premier lieu, l'APDC considère que c'est au législateur qu'il appartient de fixer, aussi précisément et clairement que possible, les conditions, notamment de délais, dans lesquelles l'Autorité aurait le pouvoir d'évoquer une opération ne franchissant pas les seuils de contrôle nationaux. Les lignes directrices devraient avoir pour objet de renseigner sur la pratique de l'Autorité, d'expliciter le cadre légal en éclairant les entreprises sur l'interprétation retenue par l'Autorité, et de guider les entreprises pour la mise en œuvre concrète de la procédure.
65. En deuxième lieu, à supposer que la loi ne le fasse pas elle-même, l'Autorité est invitée à préciser dans ses lignes directrices les conditions de mise en œuvre de son pouvoir d'évocation. Cela serait par exemple le cas s'agissant d'un seuil quantitatif reposant sur le chiffre d'affaires des parties dont les règles d'identification et de computation mériteraient d'être précisées – le cas échéant par référence aux règles existantes en matière de contrôlabilité des concentrations dépassant les seuils. Dans le même sens, et, là encore, si la loi ne le fait pas elle-même, l'Autorité devrait apporter dans ses lignes directrices les précisions requises pour apprécier si des critères qualitatifs de déclenchement, tel que l'existence d'un nexus local et d'un risque d'atteinte significatif à la concurrence sur le territoire, sont remplis pour un projet d'opération donné (*cf.* ci-dessus).

66. En troisième lieu, l'APDC invite l'Autorité à partager dans ses lignes directrices les orientations et priorités qu'elle adopterait pour l'exercice du pouvoir d'évocation. A titre d'illustration :
- la prise en compte de situations de fait ou de droit (*e.g.* existence d'un « seuil de menace ») de nature à renforcer l'incitation pour l'Autorité à évoquer le dossier ;
 - les éventuels secteurs de l'économie que l'Autorité juge particulièrement sensibles et propices à l'exercice du pouvoir d'évocation ;
 - les types d'opérations et/ou les caractéristiques de celles-ci que l'Autorité identifie *a priori* comme étant susceptibles de justifier son intervention de manière prioritaire.
67. Réciproquement, l'Autorité est également invitée à signaler les circonstances ou situations qu'elle aurait tendance à considérer comme étant non prioritaires pour l'exercice de son pouvoir d'évocation (*e.g.* situation concurrentielle particulièrement vive, secteurs peu susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence etc.).
68. L'élaboration de scénarios types et d'exemples concrets dans les lignes directrices seraient les bienvenus car l'expérience a montré qu'ils fournissent autant de référentiels et de grilles d'analyse utiles pour les entreprises, participant ainsi à renforcer la confiance des parties prenantes et la sécurité juridique.
69. Dans le même ordre d'idée, comme exposé précédemment, l'Autorité est invitée à garantir aux parties une sécurité juridique maximale en s'engageant, dans ses lignes directrices, à ne pas exercer un éventuel contrôle *ex post* sur le fondement de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles dans le cas où elle décide de ne pas évoquer l'opération.
70. En quatrième lieu, l'APDC considère que les lignes directrices constituent le support approprié pour permettre à l'Autorité d'apporter aux entreprises la visibilité nécessaire sur le déroulé de la procédure et les modalités de mise en œuvre.
71. Dans ses lignes directrices, l'Autorité serait en particulier invitée à éclairer les entreprises sur l'ensemble des points suivants qui viendraient à ne pas être couverts par la loi, dans un sens

conforme aux recommandations de l'APDC précédemment exprimées pour chacun d'entre eux :

- le déroulé et les différentes phases de la procédure en cas d'exercice du pouvoir d'évocation ou de procédure de consultation ;
- le volume et la nature des informations susceptibles d'être sollicitées par l'Autorité dans le cadre d'une demande initiale d'informations, le cas échéant en distinguant plusieurs cas de figure, par exemple selon la complexité de l'opération ou la publicité de la transaction envisagée ;
- le volume et la nature des informations *minimum* à communiquer dans le cadre d'une procédure de consultation pour permettre à l'Autorité de statuer. La mise en ligne sur le site de l'Autorité d'un formulaire-type sur ce sujet, mis à jour périodiquement, serait particulièrement utile ;
- les règles applicables aux différents délais enfermant différentes phases de la procédure : point de départ du délai, durée, computation du délai, absence d'effet suspensif des demandes d'information, et conséquences juridiques attachées à l'expiration du délai.

4. DISCUSSION DE L'OPTION N°2

4.1 REMARQUES GENERALES

72. L'APDC relève d'abord que l'introduction du nouveau seuil envisagé par cette option n°2, aboutirait à créer une catégorie spécifique d'entreprises soumises de façon automatique et systématique à une obligation de notification et de contrôle préalable de l'ensemble de leurs opérations de concentration. En d'autres termes, ces opérations feraient l'objet d'une présomption, certes réfragable, de doute sérieux d'atteinte à la concurrence, qui justifierait un contrôle préalable par l'Autorité. Cette présomption s'appliquerait de manière générale et illimitée dans le temps, y compris dans des situations dans lesquelles aucune entreprise concernée n'a été condamnée (situation (i), cas couvrant les engagements dans le (ii) et (iii)) ou l'existence d'une position dominante n'a pas été établie par l'Autorité ou la Commission.
73. Une telle situation porterait manifestement atteinte aux principes fondamentaux garantis par les normes supérieures françaises et conventionnelles, tels que l'égalité devant la loi et la liberté d'entreprendre, au détriment des entreprises, des investissements, du développement économique et des consommateurs.
74. L'APDC relève ensuite que l'introduction de ce nouveau seuil serait également contradictoire avec le relèvement des seuils de notification prévu dans le projet de loi de simplification de la vie économique.
75. Cette réforme, soutenue par l'Autorité, vise « *à dispenser la notification d'un nombre important d'opérations (estimé de 20 à 30 % des opérations aujourd'hui notifiées), non problématiques d'un point de vue concurrentiel* »¹⁶. Elle permettrait d'une part, « *d'alléger les procédures administratives des entreprises, et en particulier des petites et moyennes entreprises actives en France* », et d'autre part d'assurer « *une allocation plus efficiente et plus efficace [des ressources de l'Autorité] dédiées au contrôle des concentrations, déjà relativement limitées* »¹⁷.

¹⁶ Exposé des motifs de l'article 8 du projet de loi de simplification de la vie économique déposé au Sénat le 24 avril 2024.

¹⁷ Etude d'impact du projet de loi de simplification de la vie économique.

76. Or l'introduction du nouveau seuil de notification obligatoire envisagé par l'Option n°2, qui appréhenderait des opérations de concentration en-dessous des seuils exprimés en chiffre d'affaires (actuels ou révisés) conduirait indubitablement à une augmentation automatique et significative des concentrations notifiées.
77. À titre indicatif et pour ce qui concerne uniquement le critère (i) évoqué dans l'Option n°2, la Commission a prononcé 508 décisions d'autorisation de concentrations avec engagements et 33 décisions d'interdiction depuis 1990¹⁸. L'Autorité a, quant à elle, autorisé 113 opérations avec des remèdes et interdit deux opérations depuis sa création en 2009¹⁹. Toute nouvelle opération de concentration qui impliquerait une entreprise concernée dans ces procédures antérieures serait désormais notifiable et mobiliserait les services de l'Autorité, quels que soient la taille des parties et l'impact – potentiellement nul – de l'opération sur la concurrence.
78. L'augmentation du nombre de concentrations notifiées est, par ailleurs, susceptible de concerner particulièrement certains secteurs dans lesquels les opérations de concentration sont fréquemment autorisées sous réserve d'engagements : cela vise notamment le secteur du commerce de détail, comme l'illustre encore la pratique décisionnelle de l'Autorité en 2024 (la contradiction avec le relèvement des seuils spécifiques au commerce de détail serait alors flagrante), mais aussi plus généralement tous les marchés locaux²⁰ (à titre d'illustration sur la période juillet 2019-juin 2024 plus de 90% des décisions avec remèdes de l'Autorité ont concerné des marchés de dimension locale). Ce nouveau seuil entraînerait également la notification de toutes les opérations réalisées par les fonds d'investissement et institutions financières publiques ou privées, lorsque ceux-ci ont été concernés par l'une des décisions visées dans l'Option n°2. Cette augmentation certaine du nombre de notifications va à rebours des objectifs poursuivis par le relèvement des seuils en cours d'adoption.
79. L'APDC constate enfin que le dispositif envisagé par l'Option n°2 comporte un certain nombre de biais, insuffisances et difficultés inhérentes au mécanisme qu'elle prévoit.

¹⁸ https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en.

¹⁹ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/liste-de-controle-des-concentrations>

²⁰ Par exemple, les marchés de l'exploitation d'emplacements de camping ou de la biologie médicale qui ont fait l'objet de décisions récentes de l'Autorité.

80. L'efficacité et la pertinence de ce nouveau seuil de notification supposeraient son application immédiate aux entreprises dont le pouvoir de marché aurait déjà été caractérisé par l'Autorité ou la Commission, c'est-à-dire qui auraient fait l'objet d'une des décisions visées avant l'entrée en vigueur du seuil. L'absence de précisions à ce sujet dans la proposition suggère d'ailleurs que cela correspond à ce qui est visé dans la consultation. Un tel effet rétroactif n'est manifestement pas compatible avec le respect des principes de prévisibilité et de sécurité juridique.
81. Quand bien même cette rétroactivité pourrait être admissible dans son principe (ce qui semble induit par la rédaction peu explicite de la proposition), se poserait alors la question de sa portée. L'Autorité pourrait-elle par exemple considérer que toute entreprise qui a fait l'objet d'une décision antérieure visée par le seuil envisagé depuis sa création en 2009 est soumise à cette nouvelle obligation de notification ? Pourrait-elle remonter plus loin encore ?
82. L'encadrement temporel « vers l'avant » du dispositif, c'est-à-dire la durée pendant laquelle la décision de l'Autorité ou de la Commission pourrait continuer à fonder l'obligation systématique de notification, soulève les mêmes interrogations. Une durée illimitée ne serait évidemment pas admissible²¹, et la détermination d'une borne temporelle générale, qui ne tiendrait pas compte de la spécificité des marchés ni de leur évolution, ne permettrait pas non plus de résoudre cette difficulté.
83. Cette liste n'est pas exhaustive, tant les questions sur le champ d'application et le fonctionnement sont nombreuses : *quid* par exemple de la révision des engagements, des cas de position dominante collective ou d'abus de dépendance économique, ou encore de la restructuration de l'entreprise qui a fait l'objet de la décision antérieure ?
84. Il ressort de ces considérations générales que l'Option n°2 aurait un effet contreproductif lié à la multiplication des notifications et s'accompagnerait de nombreuses difficultés, en particulier quant à sa compatibilité avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique, dont

²¹ L'APDC a notamment pu prendre connaissance d'une affaire dans laquelle la Competition Commission suisse a considéré qu'une décision du 1^{er} décembre 1997 qui établissait la position dominante d'une filiale du groupe Ringier était toujours pertinente 22 ans plus tard et pouvait par conséquent justifier la notification d'une opération de concentration en 2019.

l'importance a été rappelée par la CJUE dans l'arrêt *Illumina /GRAIL* et par le Président Coeuré lui-même lors de ses vœux aux acteurs économiques le 18 janvier 2024²².

85. Cela explique qu'un seuil de notification identique ou similaire à l'Option 2 n'existe que dans un nombre particulièrement limité de juridictions dans le monde²³.
86. L'examen plus détaillé de chaque sous-critère évoqué dans l'Option n°2 ne fait que renforcer ces préoccupations et le nécessaire rejet de cette option.

4.2 OPTION 2 (i)

87. L'APDC considère que cette option qui, à sa connaissance, n'existe dans aucun autre système de contrôle des concentrations au monde²⁴, pose à la fois un problème de pertinence, d'équité et de mise en œuvre et doit donc être écartée.

4.2.1. Problème de pertinence

88. Il n'existe pas nécessairement de lien, sur le fond, entre une première opération de concentration ayant donné lieu à engagements et une seconde, sous les seuils, avec une autre cible, potentiellement dans un secteur différent et qui ne soulève peut-être aucun problème de concurrence.
89. L'APDC relève par ailleurs que les secteurs qui ont été majoritairement concernés par des décisions avec engagements dans la pratique décisionnelle de l'Autorité à date ne sont pas les secteurs principalement visés par les autorités de concurrence dans le cadre d'opérations sous les seuils, à savoir en particulier les secteurs du numérique et le secteur pharmaceutique. Une

²² [20240118-Voeux.pdf](#)

²³ À la connaissance de l'APDC, outre le cas de la Suisse, seule la Biélorussie impose de notifier les opérations de concentration qui ne remplissent pas les seuils de contrôle lorsque l'une des entreprises concernées (à l'exclusion du vendeur), figure dans le registre national des entreprises qui détiennent une position dominante ou un monopole naturel en Biélorussie.

²⁴ Le mécanisme suisse invoqué par l'Autorité vise exclusivement les décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles (finales et non susceptibles de recours) établissant qu'une entreprise partie à l'opération de concentration concernée occupe en Suisse une position dominante sur un marché défini, les décisions d'interdiction ou d'engagements au titre du contrôle des concentrations, visées par l'Autorité dans son Document de Consultation, étant insuffisantes pour fonder une obligation de notification.

telle obligation ferait ainsi peser une charge administrative disproportionnée par exemple sur les acteurs de la grande distribution, pour lesquels des problématiques de marchés locaux donnent fréquemment lieu à engagements alors même qu'à l'inverse, d'autres opérations dans les secteurs du numérique ou pharmaceutique pourraient ne pas avoir fait l'objet précédemment de décisions de concentrations avec engagements. L'APDC relève notamment que ce critère n'aurait pas permis à l'Autorité d'examiner l'opération *Illumina/GRAIL*, ni par exemple, à l'époque et sur la base de ces critères, l'opération *Facebook/WhatsApp*²⁵.

4.2.2. Problème d'équité

90. Cette option conduirait à ne contrôler que les entreprises qui ont déjà fait l'objet d'un contrôle précédent (et comme noté *supra*, même sur un sujet sans lien avec l'opération en question) sans forcément couvrir les véritables *killer acquisitions* potentiellement problématiques, du seul fait que l'acquéreur n'aurait pas déjà fait l'objet, par le passé, d'une telle procédure.

4.2.3. Problèmes de mise en œuvre

91. L'APDC considère que cette nouvelle obligation de notification serait source d'une lourdeur administrative très significative (i) pour les entreprises concernées, qui se verraient ainsi chargées d'une obligation de notification systématique, même en l'absence de tout doute sérieux d'atteinte à la concurrence soulevé par l'opération et (ii) pour l'Autorité, qui mécaniquement devrait faire face à un nombre croissant de notifications, même non problématiques. Par ailleurs, une telle obligation serait également source d'incertitude juridique pour les entreprises : il n'est pas évident, par exemple, de déterminer qui porterait la responsabilité de la notification, dans le cas où l'entreprise ayant souscrit les engagements aurait évolué par le biais de fusions ou cessions (question du transfert de responsabilité).

²⁵ Même si cette opération n'est pas techniquement une opération sous les seuils et a été examinée par la Commission, elle est néanmoins fréquemment invoquée pour illustrer les difficultés qu'il peut y avoir à saisir en amont les problèmes de concurrence soulevés par les opérations dans le secteur du numérique.

4.3 OPTION 2 (ii)

4.3.1. Un mécanisme isolé dans le système juridique européen

92. En premier lieu, un critère fondé sur l'existence d'une décision précédente d'engagements ou de sanction en matière d'abus de position dominante aurait pour conséquence de créer en France un régime isolé, éloigné des autres régimes existants au sein de l'Union européenne et du besoin d'harmonisation cher à la Commission et aux Etats membres.
93. À la connaissance de l'APDC, aucun Etat membre de l'Union européenne n'a mis en place de critère de revue des opérations de concentration basé sur l'existence d'une décision antérieure d'engagements ou de sanction en matière d'abus de position dominante.
94. Instaurer un tel critère aurait donc pour conséquence la mise en place en France d'un mécanisme de contrôle isolé dans un contexte où la Commission, que ce soit dans le cadre du contrôle des concentrations ou plus récemment d'autres procédures réglementaires tel que le contrôle des investissements étrangers, appelle régulièrement à une plus grande convergence et cohérence des régimes nationaux de contrôle des concentrations.
95. À la connaissance de l'APDC, la Suisse est la seule juridiction en Europe à avoir instauré un critère similaire par référence à un constat passé de dominance. La loi suisse sur les cartels et autres restrictions de concurrence du 6 octobre 1995 prévoit, en plus de seuils classiques en chiffre d'affaires, que « *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* ».
96. En toute hypothèse, l'existence de ce critère en droit suisse, ne rend pas pertinent l'adoption d'un tel mécanisme en France pour plusieurs raisons exposées ci-dessous.
97. D'abord, si ce mécanisme était pertinent, il aurait à l'évidence été envisagé et adopté par d'autres juridictions en Europe. Or, force est de constater que les options suivies par les autorités ayant amendé leurs régimes de contrôle des concentrations ne visent pas des

engagements ou des sanctions précédentes mais ont plutôt consisté, comme en Allemagne ou en Autriche, à instaurer un seuil en valeur de la transaction.

98. Par ailleurs, la Commission de la concurrence (« ComCo ») elle-même semble remettre en question son régime national de contrôle des concentrations. Elle appelle ainsi régulièrement de ses vœux une plus grande cohérence avec les règles de l'UE et propose même de simplifier son régime avec une exemption pour les concentrations faisant l'objet d'une revue par la Commission²⁶.
99. En outre, contrairement au dispositif suisse²⁷, l'option n°2 ne limite pas l'obligation de notification aux opérations relatives au(x) marché(s) concerné(s) par la décision antérieure ou sur les marchés amont, aval ou connexes à ce(s) marché(s). L'Autorité évoque certes l'introduction d'un « *ciblage du contrôle* » mais cette notion reste particulièrement floue et semble n'avoir vocation qu'à éviter la notification d'opérations « *sans lien avec la France* ».
100. En tout état de cause, l'introduction d'une limite similaire à celle prévue par le texte suisse ne serait pas satisfaisante parce qu'elle impliquerait alors un travail d'analyse des marchés pertinents au stade de la détermination de la contrôlabilité de l'opération. L'APDC souligne qu'outre la charge supplémentaire que cette contrainte ferait peser sur les entreprises, l'appréciation de la relation entre les marchés peut être particulièrement complexe et largement sujette à interprétation, en particulier lorsque leur délimitation a été laissée ouverte par les autorités. Le risque de contentieux est donc réel et s'est d'ailleurs concrétisé en Suisse, où cette appréciation a donné lieu à des débats importants et à une jurisprudence fluctuante du Tribunal administratif fédéral.
101. Enfin, le mécanisme du droit suisse prévoit que la décision qui déclenche l'obligation de notification doit être définitive. Or, l'Autorité indique dans son Document de Consultation qu'il

²⁶ <https://globalcompetitionreview.com/guide/guide-life-sciences/third-edition/article/switzerland-divergence-eu-law-expected-transform-merger-control-and-mutual-market-access>

²⁷ Article 9 alinéa 4 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence : « *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* ».

ne serait pas nécessaire que la décision déclenchant l'obligation soit purgée de tout recours ce qui rend la proposition encore moins acceptable.

102. Dans ce contexte, une entreprise serait donc tenue de notifier l'ensemble de ses opérations alors même qu'elle parviendrait finalement à démontrer, dans le cadre d'un recours, l'illégalité de la décision qui fonderait cette obligation de notification. Une telle situation n'est pas compatible avec les principes de prévisibilité et de sécurité juridique. Une éventuelle suspension de l'obligation dans l'attente de la confirmation définitive de la décision initiale soulèverait également de sérieuses interrogations.
103. En prévoyant qu'il n'est pas nécessaire que la décision antérieure soit purgée de recours, l'Autorité non seulement (i) crée de l'insécurité juridique mais en plus (ii) prive d'effet utile le droit au recours dont disposent les entreprises, ce qui pourrait l'exposer à la censure du Conseil constitutionnel (cf. affaire Sony).

4.3.2. Un mécanisme discriminatoire

104. En second lieu, le mécanisme proposé cible uniquement les entreprises dont la position (potentiellement) dominante aurait été sanctionnée et/ou aurait conduit à l'adoption d'engagements.
105. Il ne permet donc pas de cibler les entreprises dominantes qui réaliseraient des acquisitions potentiellement anticoncurrentielles mais dont la position dominante n'aurait pas été préalablement sanctionnée et/ou n'aurait pas déjà conduit à la prise d'engagements, de sorte qu'il est privé de tout effet utile et crée par ailleurs une inégalité de traitement entre entreprises dans le cadre d'un processus d'acquisition sans lien avec la situation passée.
106. L'obligation de notification serait en effet déclenchée en raison d'une situation passée sans lien avec la transaction alors que, dans le même temps, des opérations potentiellement problématiques ne seraient pas contrôlées au seul motif que les parties n'auraient pas fait l'objet d'une procédure d'engagements ou de sanctions dans le passé.

4.3.3. Les décisions d'engagements ne peuvent déclencher une obligation de notification au même titre que les décisions de sanction pour abus de position dominante

107. En troisième lieu, le mécanisme proposé prévoit une obligation de notification fondée sur l'existence d'une décision antérieure (i) de sanction ou (ii) d'engagements. Or, ces deux situations procédurales ne sauraient être mises sur le même plan.
108. Dans le cadre d'une procédure d'engagements, l'Autorité ne se prononce pas sur la qualification des faits examinés. Comme l'Autorité le reconnaît elle-même dans son communiqué de procédure sur la procédure d'engagements, l'évaluation préliminaire « *n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, contrairement à la notification des griefs* »²⁸. Le Conseil constitutionnel l'a également rappelé dans une décision récente²⁹.
109. Ainsi, la procédure d'engagements n'a pas pour objet de conduire l'Autorité à se prononcer sur la qualification des faits qu'elle examine, en ce compris la définition des marchés et de la position des parties sur les marchés. Ces décisions ne peuvent donc pas déclencher une obligation de notification au même titre que les décisions de sanction pour abus de position dominante.
110. Dans la décision dite Lego³⁰, l'Autorité (i) n'utilise plus le concept de position dominante – mais celui de pouvoir de marché, qui n'est pas défini juridiquement et (ii) ne fait qu'une présentation sommaire de ce que serait ce pouvoir de marché de Lego. Ce type de décision, qui

²⁸ [Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence](#), §17.

²⁹ [Décision n°2022-1035 QPC du 10 février 2023](#), affaire Sony, §9.

³⁰ [Décision n°21-D-02 du 27 janvier 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux de construction](#), §§32-34. : « *L'évaluation préliminaire relève que Lego détiendrait une part de marché relativement stable, et qu'elle est le premier fabricant de jouets du marché depuis plusieurs années, au regard de sa part de marché en valeur. L'évaluation préliminaire identifie également un certain nombre de paramètres de nature à renforcer le pouvoir de marché de Lego tels que, notamment, sa présence historique sur le marché, la grande notoriété de sa marque ou encore la détention d'un portefeuille de licences de marques attractives (...) sur le marché du jouet (...). Un marché plus restreint que le marché global des jeux et jouets traditionnels ne pouvant être exclu, l'évaluation préliminaire retient que Lego est susceptible de détenir un pouvoir de marché suffisant pour que les pratiques qu'elle met en œuvre puissent susciter des préoccupations de concurrence* ».

repose sur un concept qui n'est pas défini juridiquement, ne peut valablement fonder une obligation de notification.

111. Enfin, le système suisse, qui sert manifestement de référence à l'Autorité pour proposer ce mécanisme, ne prévoit pas que les décisions d'engagements puissent déclencher une obligation de notification, au même titre que des décisions de sanction pour abus de position dominante.
112. La proposition soumise à consultation est donc, là encore, une version moins-disante que celle prévue en droit suisse (qui n'est elle-même déjà pas satisfaisante).

4.3.4. Un mécanisme statique et qui ne prend pas en compte l'évolution de la position des entreprises

113. La position d'une entreprise sur un marché, qui a pu être constatée dans une décision de sanction ou d'engagements, peut être amenée à évoluer de manière significative dans le temps. Or, l'Option n°2 ne prévoit aucun délai ou mécanisme permettant aux parties que l'effet du temps ou de l'évolution naturelle des marchés soit pris en compte dans le cadre de l'analyse de contrôlabilité de l'opération.
114. Le caractère statique de cette option et l'absence de toute flexibilité qui prendrait en compte l'évolution de la position des parties démontrent là encore que le critère serait par nature dénué de pertinence car totalement décorrélé de l'opération en cause.
115. Ainsi, sur la base de la proposition actuelle, des entreprises dont la position dominante a pu être constatée ou des engagements proposés plusieurs années, voire dizaines d'années plus tôt, pourraient devoir notifier une opération alors même qu'elles ne détiennent plus de position dominante, ni même un quelconque pouvoir de marché sur les marchés en cause au jour de la notification.

4.3.5. Les incertitudes tenant au lien de rattachement avec le territoire national et/ou les marchés concernés par les précédents qui fondent le déclenchement du contrôle

116. Enfin, l'Autorité ne précise pas la manière dont ce critère devrait être apprécié et se contente d'indiquer qu'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* ».
102. Que signifie « *les marchés concernés par les précédents* » ? Cette proposition crée une incertitude et un risque de contentieux, d'autant que les définitions de marchés peuvent évoluer.

4.4 OPTION 2 (iii)

103. L'APDC considère que cette sous-option doit également être écartée car ce seuil n'apparaît pas pertinent compte tenu de la définition et des critères de désignation des contrôleurs d'accès. En outre, ce critère apparaît redondant avec celui proposé par l'Autorité au titre de l'option 2 (ii) et par l'Article 14 du DMA. Enfin, plus généralement, cette sous-option soulève des questions quant à sa compatibilité avec les objectifs et les outils du DMA.

4.4.1. Absence de pertinence du seuil

104. Les secteurs d'activités concernés par les potentielles opérations de concentration qui pourraient être soumises à un contrôle au titre de ce seuil seraient limités compte tenu du champ d'application du DMA. En effet, en application de l'article 2 du DMA, on entend par « *contrôleur d'accès* » une entreprise qui fournit des services de plateforme essentiels visés au deuxième paragraphe de cet article³¹.

³¹ Cela vise les services suivants : « a) services d'intermédiation en ligne; b) moteurs de recherche en ligne; c) services de réseaux sociaux en ligne; d) services de plateformes de partage de vidéos; e) services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation; f) systèmes d'exploitation; g) navigateurs internet; h) assistants virtuels; i) services d'informatique en nuage; j) services de publicité en ligne, y compris tout réseau publicitaire, échange publicitaire et autre service d'intermédiation publicitaire, fourni par une entreprise qui met à disposition n'importe lequel des services de plateforme essentiels énumérés aux points a) à i); ».

105. Il semble que les opérations de concentration auxquelles sont partis les contrôleurs d'accès devraient plutôt relever de la compétence de la Commission (que de celle de l'Autorité) au regard des critères de désignation des contrôleurs d'accès. En effet, en application de l'article 3, paragraphe 1, point a) du DMA, une entreprise est désignée comme étant un contrôleur d'accès si elle a un « *poids important sur le marché intérieur* » ce qui est réputé être le cas lorsqu'elle a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'Union supérieur ou égal à 7,5 milliards d'euros au cours de chacun des trois derniers exercices, et « *qu'elle fournit le même service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres* »³².

4.4.2. Redondance du seuil avec celui proposé dans l'option 2 (ii) et l'article 14 du DMA

106. Au jour de la réponse à la présente consultation publique, sept entreprises ont fait l'objet de décisions de désignation en tant que contrôleurs d'accès par la Commission³³. Ces contrôleurs d'accès désignés par la Commission ont pour la plupart déjà fait l'objet d'une décision antérieure de l'Autorité ou de la Commission de sanction ou d'engagement au titre de l'interdiction des abus de position dominante.

107. Par ailleurs, une obligation d'information pèse déjà sur les contrôleurs d'accès au titre de l'Article 14 du DMA de sorte que, s'agissant de ces acteurs, le risque concernant les opérations sous les seuils est déjà traité par la Commission.

108. Par conséquent, l'APDC considère que cette option serait redondante avec l'option 2 (ii) critiquée *supra*.

4.4.3. Absence de comptabilité de cette option avec les objectifs du DMA

109. Enfin, bien que l'article 14 du DMA prévoit une obligation pour les contrôleurs d'accès d'informer la Commission de tout projet de concentration au sens du Règlement Concentrations, le DMA n'a pas été conçu pour introduire un nouveau seuil de contrôle des

³² Article 3, paragraphe 2, point a) du DMA.

³³ Les contrôleurs d'accès désignés sont : Alphabet Inc., Amazon.com Inc., Apple Inc., Booking, ByteDance Ltd., Meta Platforms, Inc., Microsoft Corporation ([lien](#)).

concentrations, *a fortiori* au niveau national, mais pour encadrer les pratiques des contrôleurs d'accès sur leurs marchés respectifs.

110. En permettant d'introduire un seuil spécifique pour les contrôleurs d'accès, la proposition de l'Autorité pourrait conduire à une fragmentation de la régulation des marchés numériques et à des divergences dans la mise en œuvre du DMA entre la France et la Commission.
111. En effet, par ce contrôle des concentrations, des contrôleurs d'accès pourraient être soumis à des exigences plus strictes en France que dans d'autres États membres, créant des distorsions dans le marché intérieur.
112. Notons en outre que la Commission peut, en application de l'article 18 du DMA, à l'issue d'une enquête menée afin d'examiner si un contrôleur d'accès a fait preuve d'un non-respect systématique du DMA, décider de lui imposer, à titre de mesure corrective, une interdiction, pendant une durée limitée, « *de se lancer dans une concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) no 139/2004 en ce qui concerne les services de plateforme essentiels ou d'autres services fournis dans le secteur numérique ou permettant la collecte de données, qui sont affectés par le non-respect systématique* ».

5. DISCUSSION DE L'OPTION 3

113. Dans son Document de Consultation, l'Autorité envisage enfin une option 3, qui consisterait à 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, « *dans la limite des délais de prescription* ». Cette option ne nécessiterait pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France.
114. A l'instar de l'Autorité, l'arrêt rendu par la CJUE sur la question préjudicielle de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Towercast*³⁴ a conduit l'APDC à faire le constat de la réactivation de la jurisprudence *Continental Can*³⁵ et de la possibilité d'appréhender une opération de concentration comme un abus lorsque l'acquéreur détient une position dominante.
115. La CJUE ayant récemment refusé d'entériner l'interprétation extensive de l'article 22 du Règlement Concentrations afin de capter les opérations de concentrations qui n'atteignent ni les seuils des concentrations de dimension européenne, ni les seuils nationaux, l'application de l'article 102 TFUE en vertu de la jurisprudence *Towercast* est devenu le principal outil de contrôle des opérations sous les seuils, même si son application a vocation à demeurer tout à fait exceptionnelle.
116. En 2024, l'Autorité a par ailleurs été la première autorité nationale de concurrence de l'UE (« ANC ») à notre connaissance à interpréter la jurisprudence *Towercast* comme lui permettant d'analyser une opération de concentration en tant qu'entente anticoncurrentielle susceptible d'être prohibée au titre de l'article 101(1) TFUE.
117. L'application *a posteriori* aux concentrations des articles 102 TFUE (5.1) et 101(1) TFUE (5.2) pose toutefois de nombreuses questions et difficultés de fond qui ne sont pas résolues à ce jour, ce qui réactive une insécurité juridique que l'adoption du régime européen de contrôle des concentrations avait pourtant supprimée. Certaines questions procédurales sont transversales et seront traitées dans une partie commune (5.3).

³⁴ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, *Towercast*.

³⁵ CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, *Continental Can c/ Commission*.

118. Dans le contexte particulier du droit français, l'application des articles 102 TFUE et 101(1) TFUE aux concentrations pose en outre la question de l'articulation avec l'outil de « déconcentration » dont dispose déjà l'Autorité au titre de l'article L. 430-9 du Code de commerce, et qui n'est pas évoqué par l'Autorité dans le Document de Consultation (5.4).

5.1 LA NECESSITE DE FOURNIR UNE GRILLE D'ANALYSE PRECISE POUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 102 TFUE AUX OPERATIONS DE CONCENTRATION

119. Pour rappel, dans son arrêt préjudiciel de 2023, la CJUE, se référant expressément à la jurisprudence *Continental Can* de 1973, a mis fin en ces termes à l'idée communément admise que le droit des pratiques anticoncurrentielles n'avait plus vocation à être utilisé pour contrôler les opérations de concentrations au sein de l'UE depuis l'adoption du Règlement Concentrations :

*« 52. Il s'ensuit qu'une opération de concentration **n'atteignant pas les seuils de contrôle préalable** prévus respectivement par le règlement no 139/2004 et par le droit national applicable peut se voir appliquer l'article 102 TFUE lorsque sont réunies les conditions prévues à cet article pour établir l'existence d'un abus de position dominante. Il appartient notamment à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en **position dominante sur un marché donné** et qui a pris le **contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement** la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le **seul constat du renforcement** de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il **faut établir 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 (voir, en ce sens, arrêts 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, EU:C:1973:22, point 26, ainsi que du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 113).*

53. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 21, paragraphe 1, du règlement no 139/2004 doit être

*interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une opération de concentration d'entreprises, **dépourvue de dimension communautaire**, au sens de l'article 1er de ce règlement, **située en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoire prévus par le droit national** et **n'ayant pas donné lieu à un renvoi** à la Commission en application de l'article 22 dudit règlement, soit analysée par une autorité de concurrence d'un État membre comme étant constitutive d'un abus de position dominante prohibé à l'article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale » (surlignement ajouté).*

120. L'APDC prend acte de l'arrêt de la CJUE qui permet désormais à l'Autorité de qualifier d'abus une opération de concentration réalisée par une entreprise en position dominante, au titre de l'article 102 TFUE, mais considère indispensable de clarifier les conditions d'identification d'un tel abus à l'occasion des affaires dont elle sera prochainement amenée à connaître.
121. L'APDC relève en ce sens que, dans ses observations devant la Cour d'appel de Paris postérieurement à l'arrêt de la CJUE, le Président de l'Autorité a indiqué que l'introduction d'un contrôle préalable des concentrations, postérieurement à la jurisprudence *Continental Can*, marque une évolution des circonstances et du cadre juridique dans lequel s'inscrit cette jurisprudence devant conduire à « *renouveler la manière dont ses principes doivent être appliqués* » et qu'il souhaite que l'Autorité puisse fournir un « *guide d'analyse déterminant* » pour les opérateurs économiques qui « *emportera[it] des conséquences structurantes* » pour l'appréciation des opérations de concentration sous les seuils³⁶.

³⁶ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §§37 et s.

122. Comme le Président de l'Autorité, l'APDC est d'avis qu'il est nécessaire de préciser les conditions d'application de la jurisprudence *Towercast*, en l'absence de jurisprudence établie précisant les contours de l'abus lié à une prise de contrôle. Dès lors qu'un abus contraire à l'article 102 TFUE ne saurait être identifié, sous l'empire de la jurisprudence *Towercast*, que si « *le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence* », l'APDC estime qu'il sera notamment nécessaire de clarifier, comme le Président de l'Autorité l'a suggéré, d'une part, la nature et l'intensité de la « *dépendance de comportement* » exigée par cette jurisprudence et, d'autre part, le rôle éventuel des effets réellement induits par une opération de concentration.
123. L'APDC souhaite en outre formuler plusieurs observations afin d'aider l'analyse de l'Autorité dans l'application de l'article 102 TFUE et/ou de l'article L. 420-2 du Code de commerce.
124. **Identification d'une position dominante antérieure de l'acquéreur** – S'agissant de la position dominante de l'acquéreur, celle-ci doit préexister à la concentration.
125. **Clarification du standard de preuve** – L'APDC demande à ce que l'Autorité clarifie explicitement le critère de « l'entrave substantielle » de la jurisprudence *Towercast* et indique si elle entend imposer un standard de preuve plus exigeant que le critère de « l'entrave significative » à une concurrence effective du contrôle des concentrations.
126. **Prise en compte des effets concrets de l'opération** – L'APDC appelle également l'Autorité à se prononcer sur la prise en compte des effets concrets de l'opération sur la concurrence.
127. Il résulte de l'arrêt *Towercast* de la CJUE que c'est la prise de contrôle qui constitue le comportement abusif donnant lieu à l'application de l'article 102 TFUE³⁷. Cela pose la question de la légitimité de la prise en compte des effets concrets de l'opération sur la concurrence, postérieurement à celle-ci.

³⁷ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §52.

128. L'APDC considère qu'il est nécessaire que l'Autorité indique si et dans quelles conditions elle entend prendre en considération, dans le cadre de l'évaluation du caractère anticoncurrentiel de l'opération litigieuse, les évolutions intervenues sur le marché depuis la concentration et le degré de dépendance constaté chez les concurrents.
129. L'APDC estime toutefois que le constat de pratiques abusives détachables et postérieures à la prise de contrôle ne devrait en aucun cas être pertinent pour qualifier l'abus 'originel' constitué par la prise de contrôle. L'identification de telles pratiques abusives ne devrait donner lieu qu'à une application autonome et classique des articles 102 TFUE et/ou L. 420-2 du Code de commerce à ces pratiques ou à l'application de l'article [L. 430-9](#) du Code de commerce s'il peut être établi que ces abus détachables sont directement liés à la concentration de la puissance économique.
130. **Exclusion des cas de renvois de l'article 22** – La question de l'exclusion des cas de renvoi au titre de l'article 22 du Règlement Concentrations apparaît moins pertinente postérieurement à l'adoption de la décision de la CJUE dans l'affaire *Illumina/GRAIL*. La Commission a toutefois dit qu'elle continuerait à accepter des renvois de l'article 22 de la part d'ANC d'Etats membres dans lesquels les seuils de notification nationaux seraient atteints. En application de l'arrêt *Towercast* de la CJUE, l'article 102 TFUE sera en tout état de cause inapplicable aux opérations ayant fait l'objet d'une décision adoptée par la Commission à la suite d'un tel renvoi.
131. **Recommandations** – L'APDC recommande qu'une grille d'analyse précise soit fournie par l'Autorité pour l'application de l'article 102 TFUE à des opérations de prise de contrôle par des entreprises en position dominante. L'APDC suggère en outre que les parties à une opération de concentration susceptible de relever de l'article 102 TFUE et/ou de l'article L. 420-2 du Code de commerce au regard de cette grille d'analyse puissent venir chercher un confort auprès de l'Autorité en amont de leur opération.

5.2 LE CHAMP NECESSAIREMENT RESTREINT DE L'APPLICATION EX POST DE L'ARTICLE 101 DU TFUE A DES OPERATIONS DE CONCENTRATION SOUS LES SEUILS DE NOTIFICATION

5.2.1. Applicabilité de l'article 101 TFUE

132. Dans l'arrêt *Towercast*, la CJUE – tout comme l'Avocate générale Kokott – n'évoque qu'indirectement l'article 101 TFUE³⁸, puisqu'elle s'est prononcée uniquement sur l'article 102 TFUE, considéré comme directement applicable aux opérations sous les seuils.
133. Dans sa récente décision n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage (« **Décision Équarrissage** »), l'Autorité a étendu la portée de l'arrêt *Towercast* pour admettre l'applicabilité de l'article 101 TFUE afin de contrôler *ex post* des opérations de concentration.
134. L'APDC soutient cependant que l'article 101 TFUE ne serait pas adapté à l'examen d'opérations de concentration sous les seuils, en dehors de cas très particuliers, pour des raisons de principe, de finalité et procédurales.

5.2.2. L'application de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce aux opérations de concentrations doit être tout à fait subsidiaire et limitée à des cas très spécifiques

135. **Finalité** – La transposition de la jurisprudence *Towercast* à l'application de l'article 101 TFUE est critiquable. Si les objectifs de l'article 102 TFUE sanctionnant l'exploitation abusive d'une position dominante peuvent, dans certains cas, s'approcher de l'objectif du contrôle des concentrations, l'analyse de la concentration d'une puissance économique et de ses effets n'est pas la finalité première de l'article 101 TFUE.

³⁸ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §41 ; Conclusion de l'Avocate générale Kokott, 13 octobre 2022, C-449/21, *Towercast*, §§38-39.

136. C'est pourquoi toute application éventuelle de l'article 101 TFUE ne peut être que **subsidaire et limitée à des cas très exceptionnels**. La CJUE rappelle d'ailleurs dans l'arrêt *Towercast* qu'une distorsion de concurrence éventuellement induite par une opération de concentration devrait être analysée en priorité par le contrôle des concentrations qui fixe les seuils de matérialité en chiffres d'affaires³⁹.
137. Jusque très récemment, la Décision Equarrissage, bien que s'étant *in fine* soldée par un non-lieu, constituait l'unique tentative d'application en Europe de l'article 101 TFUE à une opération de concentration sous les seuils européens et nationaux. Cependant, l'APDC constate l'utilisation croissante de l'article 101 TFUE dans un court laps de temps (i.e., depuis la Décision Équarrissage de mai 2024) pour contrôler *ex post* des concentrations sous les seuils, ce qui interpelle quant au caractère exceptionnel de ce contrôle (une deuxième affaire est en cours devant l'Autorité⁴⁰ et une première affaire a été ouverte par l'autorité belge de la concurrence le 22 janvier 2025 sur ce même fondement⁴¹).
138. En tout état de cause, l'application de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce suppose la réunion de conditions spécifiques, difficilement réunies dans le contexte d'opérations de concentration.
139. **Accord de volontés** – Une concentration (qui résulte la plupart du temps d'un contrat) suppose *de facto* un accord entre deux parties. Selon l'Autorité, cet accord de volontés en vue de la réalisation d'opérations de concentration suffit en lui-même à l'application de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

³⁹ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §40.

⁴⁰ Voir Autorité, Communiqué de presse du 2 octobre 2024 : « *DASRI dans les DROM : le rapporteur général indique avoir notifié un grief d'entente anticoncurrentielle concernant un accord ayant conduit à la constitution d'un monopole* ».

⁴¹ Autorité belge de la concurrence, 22 janvier 2025, Communiqué de presse n°3/2025, affaire CONC-RPR-25/2005.

140. Il faut pourtant distinguer l'accord portant transfert de propriété de l'accord relatif à une entente plus large dont la concentration ne serait qu'une mise en œuvre. A titre d'exemple, le Collège de l'Autorité a écarté l'existence d'un accord de volontés en vue de la réalisation d'un plan global de répartition géographique des marchés dans la Décision Équarrissage, tout en considérant que l'accord de volontés relatif aux cessions suffisait pour caractériser la matérialité de l'entente⁴².
141. Cependant, l'APDC considère qu'un accord portant sur le seul transfert de propriété d'une entreprise, en l'absence de tout autre accord de nature comportementale (détachable du transfert de propriété), ne devrait pas être appréhendé sur le fondement de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce. De plus, l'APDC souligne que, par nature, cet accord portant sur la transaction elle-même, n'a vocation à s'appliquer que jusqu'à la réalisation de l'opération⁴³ et que son existence même pourrait donc être remise en cause *post-closing*.
142. **Objet anticoncurrentiel** – L'APDC souligne qu'une opération de concentration ne devrait pas pouvoir être considérée comme ayant un objet anticoncurrentiel car son objectif est licite et « *légitime* » par nature⁴⁴, hormis certains cas très spécifiques qui supposeraient qu'il existe, au-delà de l'accord de cession ou de transfert d'actifs, un accord distinct et détachable de la seule concentration (par exemple la présence d'une stratégie anticoncurrentielle dans le cadre des négociations réciproques et/ou l'absence de pression concurrentielle exercée de manière réciproque post-cession⁴⁵). Cela ne devrait concerner que des cas exceptionnels, qui devraient *a minima* être soumis à un standard de preuve nécessairement élevé.

⁴² Autorité, Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage*, §§119-120.

⁴³ A l'exception de certaines clauses contractuelles telles que les clauses de non-concurrence ou clauses de garantie qui pourraient continuer à s'appliquer au-delà du *closing* de l'opération.

⁴⁴ Comme le souligne l'Autorité dans sa Décision *Equarrissage* (voir §161).

⁴⁵ Ibid., §161, §165.

143. D'ailleurs, l'APDC constate que tel aurait pu être le cas dans la Décision Équarrissage, s'agissant d'un éventuel partage de marché. Mais dans cette affaire, le Collège de l'Autorité a malgré tout reconnu le caractère légitime de l'objectif des opérations de concentration en cause. Le Collège a également souligné que ces accords sont des mesures structurelles impliquant un transfert définitif des actifs, directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, qui se distinguent d'accords anticoncurrentiels de nature comportementale⁴⁶.
144. **Effets anticoncurrentiels** – A défaut d'objet anticoncurrentiel, l'analyse sous l'angle de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce supposerait nécessairement la démonstration que la concentration sous les seuils emporterait des effets anticoncurrentiels. A nouveau, la finalité de l'article 101 TFUE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce est de viser des pratiques comportementales et non structurelles, raison pour laquelle l'APDC considère l'utilisation de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce critiquable.
145. Ainsi, l'APDC s'interroge sur le test relatif à l'analyse des effets anticoncurrentiels dans le cadre de l'application de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Ce test ne devrait pas s'apparenter à l'analyse au titre du contrôle des concentrations qui examine si l'opération est de nature à porter une atteinte significative à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique⁴⁷.
146. Le contrôle, sur le fondement du droit des ententes, des effets de telles opérations, serait source d'imprévisibilité pour un nombre très conséquent d'opérations. Le principe de ce contrôle est donc excessivement attentatoire à la sécurité juridique dont doivent pouvoir bénéficier les acteurs économiques.

⁴⁶ Ibid., §§159-160.

⁴⁷ Article L. 430-6 du Code de commerce. Etant entendu que la réduction de concurrence doit être significative (Lignes directrices de l'Autorité sur le contrôle des concentrations, § 503).

147. Son opportunité semble également contestable du point de vue du régulateur, la bonne allocation de ses ressources et une application utile du droit de la concurrence commandant qu'un seuil de matérialité objectif soit établi au préalable et respecté.
148. L'APDC note que dans la Décision Equarrissage, le Collège de l'Autorité, contrairement aux services d'instruction, a jugé que les éléments du dossier, parcellaires, disparates et relatifs à une période limitée dans le temps⁴⁸, étaient insuffisants pour démontrer l'existence d'effets anticoncurrentiels. Le Collège n'a en conséquence pas tranché sur la présence d'éventuels effets anticoncurrentiels, bien qu'il ait souligné que les effets des transferts d'actifs étaient marginaux, puisqu'ils représentaient 3% du volume total du marché⁴⁹. Tout comme pour l'objet, l'APDC considère que le standard de preuve pour la démonstration d'effets anticoncurrentiels de concentrations sous les seuils devrait *a minima* être nécessairement élevé, l'application de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce devant rester exceptionnelle.
149. **Recommandation** – L'ADLC invite l'Autorité à constater que l'article 101 TFUE n'est pas adapté à l'examen d'opérations de concentration sous les seuils, en dehors de cas très particuliers, et ce pour des raisons de principe, de finalité et de procédure.

5.3 LES DIFFICULTES PROCEDURALES RENFORÇANT L'INSECURITE JURIDIQUE POUR LES ENTREPRISES

150. L'application des articles 101 et 102 TFUE et/ou des articles L. 420-1 et L.420-2 du Code de commerce aux opérations de concentration génère une insécurité juridique significative pour les entreprises, qui est renforcée par des difficultés procédurales liées à la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles.
151. **Durée excessivement longue des enquêtes de concurrence** – La durée d'une procédure au titre des articles 101 et 102 TFUE et/ou des articles L. 420-1 et L.420-2 du Code de commerce est beaucoup plus longue que la durée habituelle de réalisation d'une opération de concentration. A titre d'exemple, la Décision Equarrissage, rendue en 2024 sur le fondement

⁴⁸ Autorité, Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, §174.

⁴⁹ Ibid., §175.

de l'article 101 TFUE et/ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, est intervenue 9 ans après la conclusion des accords de cession en cause en 2015. Une telle durée n'est pas adaptée à une opération de concentration qui entraîne une modification structurelle du marché.

152. **Point de départ du délai de prescription incertain** – Les délais de prescription pour les enquêtes de concurrence sont de 5 ans lorsqu'aucune enquête n'a été ouverte et de 10 ans lorsqu'une enquête a été ouverte⁵⁰, ce qui est très long pour une opération de concentration qui peut être mise en œuvre en quelques mois seulement.
153. Une question se pose également, s'agissant du point de départ de la prescription de l'infraction, en lien avec la qualification de pratique instantanée ou de pratique continue (permanente ou successive) de l'abus ou de l'entente résultant d'une opération d'acquisition de contrôle.
154. Dans ses observations devant la Cour d'appel dans l'affaire *Towercast*, le Président de l'Autorité s'est prononcé en faveur d'un caractère continu de l'abus, la prise de contrôle produisant ses effets tant que le contrôle serait conservé par l'entreprise dominante⁵¹.
155. Indépendamment de la qualification de l'infraction pour les besoins de la prise en compte de ses effets, l'APDC soutient que le régime de prescription doit être celui des infractions instantanées. Toute autre interprétation conduirait en effet à reporter les délais de prescription de l'article L.462-7 - II du Code de commerce à une hypothétique déconcentration de la puissance économique de l'acquéreur, et donnerait de fait lieu à une infraction imprescriptible. Le risque lié à l'acquisition ne serait ainsi jamais refermé, ce qui aggraverait encore la situation d'insécurité juridique des entreprises induite par la jurisprudence *Towercast*.
156. **Sanctions** – L'APDC considère que les sanctions pécuniaires n'auraient qu'un caractère punitif et ne seraient pas adaptées, ce type de sanction étant d'ailleurs inexistant en contrôle des concentrations, sauf pour sanctionner le non-respect de la procédure.

⁵⁰ Article L. 462-7, II. du Code de commerce.

⁵¹ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, §41.

157. D'autres sanctions telles que l'imposition d'injonctions ou la possibilité de souscrire à des engagements⁵² soulèvent d'importantes questions et sont source d'insécurité juridique pour les entreprises dans la mesure où elles seraient susceptibles d'intervenir plusieurs années après la réalisation de l'opération (e.g., 9 ans dans la Décision Equarrissage bien que soldée par un non-lieu).
158. En tout état de cause, si l'Autorité devait poursuivre son utilisation de ce contrôle *ex post* par le biais des articles 101 et 102 TFUE et/ou des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, l'APDC considère que l'Autorité devra faire connaître sa position précise sur les conditions d'application de ces fondements juridiques, dressant les contours et les limites de ses prérogatives compte tenu des particularités liées aux concentrations.
159. En particulier, l'APDC appelle l'Autorité à se prononcer sur les conséquences qu'elle entend tirer d'une application des articles 101 et 102 TFUE et/ou des articles L. 420-1 et L.420-2 du Code de commerce dans le contexte d'un contrôle *ex post* d'une opération de concentration (sanctions pécuniaires, possibilité d'engagements comportementaux ou structurels, injonctions, incidences sur le vendeur) dans le **respect des principes de sécurité juridique et de proportionnalité**.
160. L'APDC appelle également l'Autorité à se prononcer sur le délai dans lequel ce contrôle *ex post* pourrait être raisonnablement mis en œuvre, dans la continuité de ses propositions de 2018. Il ne serait en effet pas raisonnable d'envisager une mise en œuvre simplement encadrée par les délais de prescription des pratiques anticoncurrentielles, particulièrement eu égard à l'incertitude sur le régime de prescription qui sera appliqué. L'APDC suggère donc de limiter la durée de remise en cause possible d'une opération *ex post* sur le fondement de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles à un délai de 60 jours ouvrés suivant la connaissance acquise par l'Autorité de l'opération en cause, à l'instar de ce qui se pratique dans d'autres pays s'agissant de pouvoirs d'évocation (cf. section 3.2.2 *supra*).

⁵² Article L. 464-2 du Code de commerce.

161. **Recommandations** – L’APDC formule les recommandations suivantes afin de préserver autant que faire se peut la sécurité juridique des entreprises :

- L’APDC considère que le régime de la prescription devrait être celui des infractions instantanées.
- Elle recommande à nouveau qu’une grille d’analyse précise soit rapidement fournie par l’Autorité pour l’application des articles 101 et 102 TFUE et/ou des articles L. 420-1 et L.420-2 du Code de commerce à des opérations de concentration sous les seuils.
- L’APDC appelle notamment l’Autorité à se prononcer sur les sanctions qu’elle entend mettre en œuvre en cas d’utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles (notamment s’agissant du vendeur), dans le respect des principes de sécurité juridique et de proportionnalité.
- Elle encourage également l’Autorité à clarifier le délai de son intervention *ex post* afin de garantir davantage de sécurité juridique aux entreprises.

5.4 LA POSSIBILITE D'INTERVENTION EX POST DE L'AUTORITE EN CAS D'ABUS COMMIS A LA SUITE D'UNE CONCENTRATION

162. L'introduction de nouveaux mécanismes de contrôle des opérations de concentrations apparaît d'autant plus inutile que l'article L. 430-9 du Code de commerce permet déjà à l'Autorité d'intervenir *ex post* si un abus de position dominante est commis à la suite d'une concentration, qu'elle ait été soumise ou non à son contrôle *ex ante*.

163. L'article [L. 430-9](#) du Code de commerce donne en effet à l'Autorité un pouvoir d'injonction structurelle dans les cas où la concentration a permis la mise en œuvre de pratiques abusives :

*« L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de **modifier, de compléter ou de résilier**, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes **par lesquels s'est réalisée la***

*concentration de la puissance économique **qui a permis** les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ».*

164. Dans l'éventualité où l'Autorité constaterait qu'un abus de position dominante ou de dépendance économique a été permis par une opération de concentration, elle peut d'ores et déjà directement intervenir en utilisant le pouvoir d'injonction qui lui est offert par l'article L.430-9, et enjoindre à l'entreprise ou au groupe d'entreprises concerné de modifier, de compléter, voire de résilier, des accords par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique.
165. Comme l'a rappelé l'Autorité dans la décision *Towercast* de 2020⁵³, l'application de cet article est subordonnée à l'existence d'un abus détachable de l'opération de concentration, mais que cette opération a rendu possible.
166. Si l'Autorité a, jusqu'ici, peu recouru à cet outil⁵⁴, il reste une option importante pour garantir la concurrence sur les marchés concernés. L'absence d'applications postérieurement à 2002 reflète non pas une insuffisance du cadre juridique, mais, plus certainement, une rareté des situations nécessitant une telle intervention structurelle.
167. Ce mécanisme, qui nécessite la démonstration préalable d'un abus de position dominante découlant d'une concentration antérieurement réalisée, apparaît nettement plus proportionné aux objectifs de sécurité juridique, que ne l'est un mécanisme *ex post* fondé sur l'application des articles 101 TFUE ou 102 TFUE.

⁵³ Décision n° 20-D-01 du 16 janvier 2020 *relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre*, point 160.

⁵⁴ L'article L.430-9 du Code de commerce n'a été appliqué positivement qu'une seule fois, dans la décision 02-D-44 du 11 juillet 2002 *relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence*. Le Conseil de la concurrence avait alors enjoint à la Compagnie Générale des Eaux et à la Lyonnaise des Eaux de modifier ou dissoudre leurs filiales communes, responsables d'un abus de position dominante collective sur les marchés de l'eau et de l'assainissement. Voir également les décisions CE, 22 avril 2010, n° 338198 et CE, 23 décembre 2013, n°363702, où l'article L.430-9 a été évoqué comme un outil de correction *ex post*, sans toutefois donner lieu à une mise en œuvre concrète.

168. Donner à l'Autorité un pouvoir de déconcentration au regard d'un effet simplement potentiel sur la concurrence, alors même qu'elle dispose d'ores et déjà d'un outil lui permettant d'imposer des remèdes structurels, susceptibles, en cas d'abus avéré, d'aller jusqu'à une déconcentration serait dès lors disproportionné et risquerait d'accroître l'insécurité juridique des entreprises sans répondre à un besoin économique avéré.
169. L'Autorité n'établit pas l'existence de situations soulevant des préoccupations de concurrence qui auraient échappé au champ de contrôle français des concentrations et seraient insusceptibles d'être contestées *via* une procédure au titre de l'article L.430-9 du Code de commerce. Faute d'établir, dans le cadre d'une étude d'impact, qu'existe un véritable besoin sur le plan économique, l'APDC considère que le risque de créer de nouveaux mécanismes de contrôle sous les seuils actuels ou révisés ne devrait pas être pris.
170. Dans ces circonstances, l'APDC n'est pas favorable à une extension du contrôle des concentrations pour appréhender *ex ante* (et *a fortiori ex post*) des opérations sous les seuils de notification, dans la mesure où l'arsenal législatif français lui permet d'ores et déjà d'appréhender les opérations problématiques et d'en ordonner le démantèlement.
171. **Recommandation** – L'APDC recommande à l'Autorité de privilégier, en ce qui concerne un contrôle *ex post*, l'usage de l'article L.430-9 du Code de commerce plutôt que l'utilisation *ex post* du droit des pratiques anticoncurrentielles.

* * *



Réponse à la consultation publique de l'*Autorité de la concurrence* 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

Introduction

Le BEUC et l'UFC-Que Choisir apprécie la possibilité de contribuer aux réflexions en cours sur un sujet d'une aussi grande importance pour les consommateurs.

Le bon fonctionnement des marchés est essentiel au bien-être des consommateurs. Dans ce contexte, une application efficace du droit de la concurrence reste indispensable, tant pour les consommateurs en matière de choix que pour les entreprises dans le but de rivaliser équitablement.

Le BEUC et l'UFC-Que Choisir soutiennent pleinement la mise en place d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur.¹ Ceci est un élément essentiel pour protéger les consommateurs contre les risques liés à des pouvoirs de marché excessifs et leurs effets négatifs sur l'innovation et les choix des consommateurs.

La raison d'être du contrôle des concentrations n'est pas l'intérêt des parties directement impliquées dans l'opération. Son but véritable est de prévenir les préjudices économiques et sociétaux pouvant en résulter. Tel doit être le principe directeur de toute réforme du droit français du contrôle des concentrations.

L'impossibilité actuelle de l'Autorité de vérifier les concentrations ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur mais potentiellement préjudiciables peut avoir des effets négatifs, notamment dans deux situations particulières, à savoir :

(1) Les acquisitions de concurrents naissants/émergents (*«killer acquisitions»*).

Les secteurs les plus concernés par ce type d'opérations à ce jour (les secteurs pharmaceutique et le secteur numérique) sont les plus susceptibles de soulever des questions au titre de l'article 22 du Règlement européen 139/2004 relatif aux

¹ BEUC, billet de blog « [L'UE doit s'attaquer de toute urgence aux dommages causés par une concurrence affaiblie](#) » (2 juillet 2024, consulté le 7 février 2025) ; et BEUC, billet de blog « [Pourquoi les consommateurs ont besoin d'un contrôle fort des concentrations dans l'UE](#) » (19 janvier 2024, consulté le 7 février 2025).



contrôle des concentrations et nécessitent un réexamen au niveau européen (voire mondial).

- (2) Les acquisitions en série ou séquentielles (« *roll-ups* » ou « *buy-and-build* » acquisitions). Celles-ci ont souvent lieu sur des marchés directement orientés vers les consommateurs au niveau national ou infranational, et il a été démontré qu'elles étaient de nature à avoir des effets néfastes significatifs sur ces derniers.²

Le BEUC et l'UFC-Que Choisir souhaitent mettre en avant dans cette réponse à la consultation la question de l'atteinte potentielle aux intérêts des consommateurs que ces deux types de concentrations sont susceptibles d'entraîner en France et plus largement dans l'Union européenne.

Options pour améliorer le régime de contrôle des concentrations

Options écartées

Le BEUC et l'UFC-Que Choisir sont d'accord avec l'approche et le raisonnement de l'Autorité quant aux options écartées - à savoir l'introduction d'un seuil fondé sur la valeur de la transaction – ainsi que sur la réintroduction d'un seuil en parts de marché.

Outre les arguments avancés par l'Autorité pour rejeter d'un seuil fondé sur la valeur de la transaction, un tel système risque de rajouter des charges conséquentes en matière de ressources et de coûts sur l'Autorité ainsi que les entreprises concernées lors du traitement des opérations de fusion non-problématiques. Cela pourrait également nuire à la capacité de l'Autorité de se concentrer sur les problèmes réels de concurrence où son contrôle reste indispensable. *In fine*, cette situation n'est donc pas dans l'intérêt des consommateurs.

Par ailleurs, dans le cas où un seuil fondé sur la valeur de la transaction peut dans une certaine mesure permettre une plus grande sécurité juridique, celui-ci n'est pas absolu, comme indiqué par l'Autorité, et peut avoir pour les consommateurs des conséquences très négatives.

² Voir les exemples présentés à l'option 1 ci-dessous.



Options possibles

Option 1: la création d'un pouvoir d'évocation ciblé, encadré par des critères quantitatif et qualitatif

L'option 1 conférerait à l'Autorité un pouvoir d'évocation pour les opérations de concentration ne remplissant pas les seuils de contrôle de l'article L. 430-2 du code de commerce.

Le BEUC et l'UFC-Que Choisir estiment qu'il s'agit de la meilleure option afin d'assurer l'examen des deux types d'opérations décrites ci-dessus et potentiellement préjudiciables pour les consommateurs.

Avantages

Les inquiétudes concernant les « killer acquisitions » sont bien documentées.

Les acquisitions en série peuvent également avoir des effets extrêmement néfastes sur les consommateurs dans des secteurs de la vie quotidienne.

Des fusions « roll up » ayant entraîné des réductions de choix et/ou une hausse des prix pour les consommateurs ont été identifiées notamment dans les domaines suivants :

- Dans le secteur des soins de santé en Finlande³, aux Pays-Bas⁴ et aux États-Unis.⁵ En 2023, une étude sur les acquisitions « roll up » de fonds d'investissement dans le secteur de la santé aux États-Unis montrait que dans 8 spécialités médicales sur 10, les acquisitions de fonds d'investissement étaient associées à des hausses de prix. En outre, les efforts visant à maximiser l'efficacité, y compris la réduction des coûts, peuvent se faire au détriment de la qualité pour les consommateurs.

³ Autorité finlandaise de la concurrence et de la consommation, communiqué de presse « La concentration du marché des soins de santé a conduit à une hausse des prix – La FCCA a besoin d'un outil plus efficace pour prévenir une concentration préjudiciable » (31 mai 2024, consulté le 7 février 2025). Dans l'étude, l'impact des fusions dans le marché des soins de santé sur les prix a été évalué en comparant les prix des cliniques acquises avec ceux des cliniques non acquises au cours de la période d'échantillonnage. L'étude a révélé que les prix dans les cliniques acquises ont augmenté de 10 à 20 % après l'acquisition. Les plus fortes augmentations de prix ont été observées dans les services auxiliaires fournis par les entreprises médicales, tels que les services d'imagerie et de laboratoire, où les prix ont augmenté en moyenne de 20 %.

⁴ The ACM's mission to plug the "small acquisitions gap" – The Thicket

⁵ OCDE, Policy paper « Serial Acquisitions and Industry Roll-ups » (26 octobre 2023, consulté le 7 février 2025).



- Dans le secteur des cliniques vétérinaires en Finlande⁶ et au Royaume-Uni.⁷ Des préoccupations similaires ont aussi été soulevées aux Pays Bas.⁸
- Par ailleurs, l'Italie a identifié des acquisitions en série et des « roll ups » dans divers secteurs, notamment les TIC, l'édition, la distribution de périodiques, la distribution de carburants et la distribution alimentaire au détail, tant au niveau local que national.⁹

De telles fusions qui entraînent une réduction du choix et des hausses de prix seront directement ou indirectement nuisibles aux consommateurs et doivent être examinées par l'Autorité via un pouvoir d'évocation.

Afin que le pouvoir d'évocation puisse être utilisé pour évaluer efficacement les acquisitions en série, il serait nécessaire que les acquisitions en série soient en mesure d'être analysées dans le cadre du critère de l'examen substantiel des fusions. Il serait essentiel de tenir compte non seulement de l'incidence spécifique de l'opération en cause, mais aussi de sa place dans le cadre d'une stratégie d'acquisition qui serait plus large. Les effets anticoncurrentiels potentiels de telles transactions peuvent être équivalents à ceux d'une fusion horizontale traditionnelle, c'est-à-dire un pouvoir de marché accru en raison de l'élimination d'une contrainte concurrentielle importante, entraînant une hausse des prix et/ou une baisse de la qualité pour les consommateurs et/ou des risques accrus de coordination en raison de la structure du marché qui en découle.

Garde-fous

Tout pouvoir d'évocation visant à prévenir des « killer acquisitions » ou des « roll-up » acquisitions doit être soumis à plusieurs garde-fous, à savoir :

- des critères qualitatifs et quantitatifs appropriés devant être remplis avant que l'Autorité n'exerce son pouvoir d'évocation.
- nexus

⁶ Autorité finlandaise de la concurrence et de la consommation, communiqué de presse « Étude : La consolidation dans le secteur vétérinaire a augmenté les prix – la FCCA ne peut intervenir sans option d'appel » (5 novembre 2024, consulté le 7 février 2025). Les prix du leader du marché Evidensia ont augmenté de 28 % entre 2021 et 2024 après l'acquisition d'Omaeläinklinikka, le deuxième plus grand fournisseur du marché. C'est environ 15 points de pourcentage de plus que l'augmentation moyenne des prix dans le secteur ou l'augmentation générale des prix à la consommation. Les plus fortes augmentations de prix ont été observées dans les vaccinations, les visites vétérinaires et infirmières et l'euthanasie.

⁷ Ibid.

⁸ Autorité néerlandaise des consommateurs et des marchés (ACM), Billet de blog Martijn Snoep : « [Small mergers, big problems](#) » (11 juin 2023, consulté le 7 février 2025). [ACM in 2025 to launch five new broad investigations into market problems | ACM.nl](#) (consulté le 14 février 2025)

⁹ OCDE, Policy paper « [Serial Acquisitions and Industry Roll-ups](#) » (26 octobre 2023, consulté le 7 février 2025).



- potentiel du préjudice; et
- un délai limité pour intervenir.

La consultation précise que l'Autorité ne pourrait procéder qu'à des opérations de concentration « qui franchissent un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France et qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire ».

Pour être en mesure de se saisir de « killer acquisitions » potentielles, ce chiffre d'affaires en France pourrait être généré de manière asymétrique. A ce titre, l'Autorité pourrait être amenée à examiner les fusions dans lesquelles au moins une des parties atteint le seuil de chiffre d'affaires minimum français existant, tandis que l'autre partie pourrait avoir un chiffre d'affaires actuel faible ou même nul.

La consultation note également que le pouvoir d'évocation serait ciblé et assujéti à des délais limités.

Sécurité juridique

S'il est vrai que l'option 1 peut créer une certaine insécurité juridique pour les parties impliquées, celle-ci peut néanmoins être atténuée par les lignes directrices suggérées par l'Autorité et les possibilités de consultation.

La sécurité juridique peut également être renforcée en formulant des critères stricts pour l'utilisation d'un pouvoir d'évocation, et ce afin de ne détecter que les opérations problématiques et d'éviter de décourager les fusions non problématiques.

L'insécurité juridique pour les entreprises pourrait également être réduite au minimum en fixant un délai fixe pour l'exercice du pouvoir d'évocation après la prise de connaissance de l'opération (sauf circonstances exceptionnelles).

Enfin, le risque d'insécurité juridique résiduelle doit également être mis en balance avec les préjudices substantiels pouvant être causés par des fusions qui ne seraient pas contrôlées par l'Autorité si le pouvoir d'évocation n'était pas introduit.

Afin d'optimiser la nature d'un tel pouvoir d'évocation et ses garde-fous, l'Autorité pourrait s'inspirer de l'expérience de 10 États membres de l'EEE (Danemark, Hongrie, Islande, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Norvège, Slovénie et Suède) qui ont déjà recours à un tel pouvoir d'évocation, et aussi des réflexions d'autres États membres de l'UE (par exemple, les Pays-Bas, Finlande et Tchéquie) qui examinent la possibilité d'introduire un tel pouvoir d'évocation à l'avenir.



Option 2: 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

Cette option impliquerait l'introduction d'un nouveau seuil de notification obligatoire fondé sur l'existence d'une décision antérieure de l'Autorité ou de la Commission européenne, à savoir des décisions:

- (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).

Bien que cette option soit préférable au statu quo actuel, il est possible que des fusions problématiques surviennent dans des secteurs et dans des circonstances où aucunes préoccupations anticoncurrentielles n'a été établi auparavant. De telles fusions ne seraient par conséquent pas visées par cette approche. Cela s'appliquerait également au type d'acquisitions en série mentionné ci-dessus (option 1). Pour cette raison, l'option 2 confère une protection inférieure aux consommateurs comparé notamment à l'option 1 présentée ci-dessus.¹⁰

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'option 3 n'implique aucun changement dans la loi. Les concentrations qui nuiraient à la concurrence pourraient toutefois être sanctionnées sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE et/ou des dispositions équivalentes en droit français, après leur mise en œuvre et dans la limite des délais de prescription.

¹⁰ Il est supposé que les options 1 et 2 sont considérées comme des alternatives. Toutefois, si l'option 1 est choisie, cela n'exclurait pas nécessairement l'option 2 en plus.



Nous ne sommes pas favorables à ce que cette option soit la seule utilisée pour traiter les fusions ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur pour les raisons suivantes:

Premièrement, la prévention des dommages causés aux consommateurs est toujours préférable à une action ex post.

Deuxièmement, il est plus complexe en pratique de défaire une fusion anticoncurrentielle qui a déjà eu lieu que de l'empêcher en premier lieu.

Enfin, l'option 3 crée une insécurité juridique inutile.

THE EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION
BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS AISBL
DER EUROPÄISCHE VERBRAUCHERVERBAND
Rue d'Arlon 80, B-1040 Brussels • Tel. +32 (0)2 743 15 90 • www.beuc.eu
EC register for interest representatives: identification number 9505781573-45

UFC - QUE CHOISIR
233, bd Voltaire,
FR - 75011 Cedex 11 Paris
www.quechoisir.org

Contact: Vanessa Turner – competition@beuc.eu
Brussels, 14 février 2025

**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 entrées 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^{re} 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 Curral

Public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition

CCIA Europe response

February 2024

The Computer & Communications Industry Association (CCIA Europe) welcomes the [public consultation](#) run by the French Competition Authority (FCA) on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers.

CCIA Europe supports a merger control framework that ensures both effective competition enforcement and legal certainty. As competition authorities reassess their approach to below-threshold transactions following the Illumina/GRAIL ruling,¹ maintaining predictability in merger control is crucial. While we recognize the FCA's objectives, we believe that any new framework must balance enforcement powers with the fundamental principles of legal certainty, respect European legislations already in place, and avoid duplicating provisions. In response to this consultation, CCIA Europe thus offers the following recommendations:

1. Maintain the *status quo* under option 3 of the public consultation
2. Dismiss option 2: the suggestion contradicts existing EU law and results in duplicative effects
3. Provide additional safeguards to option 1, should it be selected

I. Maintain the *status quo* under option 3 of the public consultation

As provided in the public consultation,² option 3 foresees the “limitation of the scope of action of the FCA to the enforcement of provisions on anti-competitive practices after the implementation of the merger concerned” (Option 3).

Of the three options presented, CCIA Europe supports Option 3 as the most appropriate approach for addressing below-threshold mergers. We indeed believe the FCA already has the necessary tools to investigate potentially anticompetitive transactions under Articles 101 and 102 TFEU and their French counterparts.

Moreover, Option 3 has the key advantage that it preserves legal certainty while providing the FCA with substantial enforcement powers. Companies can move forward with transactions that meet established jurisdictional thresholds with certainty, while the FCA retains the authority to investigate and address genuine competitive concerns as they arise. To enhance the effectiveness of this approach, we recommend that the FCA issue guidelines clarifying its enforcement priorities and establishing a voluntary consultation process for companies seeking early clarity on potential interventions.

¹ Case 611/22 P - Illumina v Commission, Judgment - 03/09/2024, available [here](#).

² Autorité de la concurrence, “Public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition”, available [here](#).

II. Dismiss option 2: the suggestion contradicts existing EU law and results in duplicative effects

As provided in the public consultation,³ option 2 foresees “a new mandatory notification threshold based on the existence of a prior decision of the Autorité or the European Commission (i) to prohibit or clear a merger subject to commitments or (ii) to impose a fine or accepting commitments in the event of anticompetitive practices on the basis of Article 102 TFEU or Article L. 420-2 of the French Commercial Code or (iii) when one of the parties to the merger has been designated as a gatekeeper by the European Commission under the Digital Markets Act (DMA)” (Option 2).

The proposal to impose special notification requirements on the companies designated as gatekeepers under the Digital Markets Act (DMA), would conflict with EU law, duplicate existing obligations under the DMA, and risk significant damage to France's reputation as a balanced voice in digital regulation.

Indeed, Option 2 directly conflicts with Article 1(5) of the DMA,⁴ which explicitly prohibits Member States from imposing additional obligations on gatekeepers based solely on their DMA designation. Furthermore, the proposal would lead to unnecessary duplication of existing DMA requirements. Article 14 of the DMA already establishes a reporting mechanism for gatekeeper acquisitions, ensuring that relevant information is shared with national authorities. Introducing a parallel notification system at the national level would create excessive administrative burdens without clear benefits, ultimately undermining the efficiency objectives of both the DMA and national merger control frameworks.

Given the serious legal concerns outlined above, particularly the direct conflict with Article 1(5) of the DMA, Option 2 would likely face legal challenges in both French and European courts. Such proceedings would create prolonged uncertainty for businesses and the FCA, weakening the predictability that effective merger control requires. This legal uncertainty would not serve any stakeholder's interests and could hinder the establishment of clear, workable standards for reviewing below-threshold transactions.

The proposal's lack of clear territorial link requirements is also highly concerning, as it could mandate the notification of transactions with little or no connection to France, exceeding the FCA's legitimate authority. This overreach is particularly problematic in the digital sector, where many services operate across borders. It risks diverting FCA resources to global transactions with minimal relevance to the French market, creating unnecessary barriers to commerce. Additionally, Option 2 introduces discriminatory treatment by subjecting transactions to different standards based solely on the acquirer's identity. This asymmetric approach undermines the principle of equal treatment and could distort competition by placing disproportionate burdens on certain companies.

³ Autorité de la concurrence, “Public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition”, available [here](#).

⁴ Article 1(5) of Regulation (EU) 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), available [here](#).

CCIA Europe strongly suggests the FCA to dismiss Option 2 and instead adopt an approach that upholds fairness and equal treatment for all businesses. Merger control should be enforced through non-discriminatory mechanisms that comply with EU law and international standards. Imposing additional obligations based on DMA designation would not only fail to meet the FCA's policy goals but could also undermine France's standing as a balanced and forward-thinking regulator in digital markets, deterring investment and stifling innovation in the country's digital economy.

III. Provide additional safeguards to option 1, should it be selected

As provided in the public consultation,⁵ option 1 foresees “a call-in power for the Autorité based on quantitative and qualitative criteria” (Option 1).

CCIA Europe notes that while call-in powers of national competition authorities are already foreseen in other European jurisdictions, they come with more checks and balances. On the other hand, the proposed call-in power of Option 1 does not have enough safeguards, and raises concerns about legal certainty and predictability. Hence, should the FCA proceed with this approach, CCIA Europe believes that several key safeguards would have to be included:

1. Objective criteria with a clear territorial link: the call-in power should be based on well-defined criteria, ensuring a strong territorial link by connecting thresholds to each party's turnover in France rather than cumulative turnover. This would prevent undue risk for companies with significant French operations.
2. Strict deadlines for intervention: FCA's authority to review transactions should be subject to clear deadlines.
3. Transparent and efficient voluntary consultation: the FCA should implement a clear consultation process with defined information requirements and response timelines, enabling companies to seek early clarity and minimising unnecessary delays.

By incorporating these safeguards, Option 1 could strike a better balance between effective merger control and maintaining a predictable regulatory environment.

Conclusion

As digital markets evolve, it is crucial to strike a balance between effective merger control and preserving France's appeal as a hub for investment and innovation. The FCA's approach to below-threshold mergers will play a key role in shaping these objectives.

In this context, CCIA Europe supports Option 3 as the most balanced and legally sound framework, equipping the FCA with adequate tools to address competitive concerns while

⁵ Autorité de la concurrence, “Public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition”, available [here](#).

ensuring legal certainty. If Option 3 is not adopted, Option 1 could serve as a viable alternative, provided it includes the necessary safeguards outlined above. In any case, we believe that Option 2 should be dismissed, as it would lead to legal conflicts, duplicative regulatory burdens, and unnecessary court proceedings.

We commend the FCA's initiative to consult on this fundamental issue, and suggest the authority to prioritize legal certainty, predictability, and non-discrimination in its final decision. These principles are not just procedural necessities—but quintessential to fostering a competitive and innovative European digital economy.

About CCIA Europe

The Computer & Communications Industry Association (CCIA) is an international, not-for-profit association representing a broad cross section of computer, communications, and internet industry firms.

As an advocate for a thriving European digital economy, CCIA Europe has been actively contributing to EU policy making since 2009. CCIA's Brussels-based team seeks to improve understanding of our industry and share the tech sector's collective expertise, with a view to fostering balanced and well-informed policy making in Europe.

Visit ccianet.eu, x.com/CCIAEurope, or linkedin.com/showcase/cciaeurope to learn more.

For more information, please contact:

CCIA Europe's Head of Communications, Kasper Peters: kpeters@ccianet.org

Digital Merger Watch Submission to the French Competition Authority on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers

Introduction

Digital Merger Watch welcomes the opportunity to contribute to The Autorité de la Concurrence's public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers. Digital Merger Watch is a global network of civil society and research organisations with the objective to prevent potentially harmful mergers in digital markets. Therefore we find it particularly important to address the enforcement gap created following the *Illumina/Grail*¹ decision by the Court of Justice of the EU (CJEU) and to ensure that potentially harmful small national or European mergers do not avoid examination.

We support option 1 in the consultation document as the most effective and comprehensive means to capture below threshold mergers likely to raise competition concerns. Without an updated merger control regime to examine acquisitions that do not meet current turnover thresholds but risk negative consequences for consumers and companies in France, the *Illumina/Grail* decision could lead to far-reaching negative consequences for the economies of both France and Europe; without it there is no possibility to investigate the consequences of this type of acquisition and prevent the entrenchment of market power. This threatens to erode the innovative capabilities of companies across the continent, diminish the potential for market diversification in Europe, and pose a serious risk to the foundations of European democracy.

Current gaps in merger review

The CJEU's *Illumina/Grail* decision highlights the pressing need for a recalibration of merger control for merger regimes that rely on ex ante mandatory notification thresholds, such as those in France and the EU. The legal constraints of this system were highlighted by the OECD back in 2016: "...clear and objective notification thresholds do not always adequately capture whether a transaction is likely to prove problematic. The main consequence is that the overwhelming majority of notified transactions do not give rise to competition issues, while some transactions that may give rise to competition issues do not have to be notified at all."² The rationale behind this turnover approach was that acquisitions of companies with turnovers below this threshold were not likely to produce any problems. And therefore,

¹ Joined Cases C-611/22 P and C-625/22, *Illumina vs European Commission*, ECLI:EU:C:2024:677

² OECD (2016), *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*, Secretariat Background Paper for WP3 on Cooperation and Enforcement, p.16

competition authority assessments of these kinds of acquisitions would lead to unnecessary administrative costs.

However, today's markets are shaped by rapid technological developments, digitalisation and innovation and there is now significant merger activity that involves acquisitions by large incumbents of highly valued start-ups especially in the technology, pharmaceutical and biotechnology sectors, with low turnover at the early stages of their development. The acquisition of these start-ups can protect a company with market power against future competition – the so-called “killer acquisition” strategy. But as these start-ups do not generate any significant turnover they escape regulatory scrutiny, despite the potential for them to have anti-competitive effects.

And even where mergers have been subject to regulatory scrutiny, there is often an implicit assumption that synergies and efficiencies generated from mergers benefit the consumer. But the driving force behind most mergers is not to bring benefits to the consumer, but to maximise shareholder value, and the merger synergies that are generated, notably profits, are likely channeled towards shareholders; not necessarily towards consumers. Often the merger will give the acquirer a better market position and a greater market share by absorbing a nascent potential competitor and its innovation. Consumers may benefit where the acquiring company continues to develop innovative products and services, but this at the expense of potential competitive rivalry driving lower prices and improved products, had the challenger company stayed in the market. Merger control frameworks would benefit from a broader assessment of the rationale and drivers behind the decisions of investors and dominant firms.

There is significant potential for killer acquisitions to stifle innovation efforts in markets, particularly in the technological and pharmaceutical industries where innovation is critical. A 2021 study on the pharmaceutical sector provides a conservative estimate that between 5.3% and 7.4% of all acquisitions of firms with drug projects in development are killer acquisitions, which equates to approximately 50 killer acquisitions a year.³ And a report prepared for the UK's Competition and Markets Authority (CMA) by economics consultancy, Lear, found that between 2008 and 2018 Alphabet had acquired 168 companies, Meta 71, and Amazon 60. Very few of these received a Phase I review by the CMA and even fewer were reviewed in detail. And similarly few were examined by the European Commission.⁴ Another study into the 175 acquisitions by Google, Amazon, Facebook, Apple and Microsoft in the period 2015-2017, found that in more than 60% of the acquisitions, the brands of the target firms were discontinued.⁵

By way of example, the following is a selection of Facebook acquisitions that were not reportable and where the products and services were apparently subsequently discontinued:

- Social travel recommendation site Nextstop acquired in 2010 and closed a couple of months later⁶;

³ Cunningham, Colleen, Florian Ederer, and Song Ma. "Killer acquisitions." *Journal of political economy* 129.3 (2021): 649-702.

⁴ Lear, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, Final Report, Prepared for the CMA, (May 2019)

⁵ Gautier, Axel and Lamesch, Joe, "Mergers in the Digital Economy" (2020), CESifo Working Paper No. 8056, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3529012> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3529012>

⁶ <https://techcrunch.com/2010/07/08/facebook-acquires-social-travel-recommendation-site-nextstop/>

- Location based social networking company Gowalla acquired in 2011 and shutdown a few months later⁷;
- Social messaging Belua acquired in 2011 and closed several months later⁸;
- Photo sharing app Lightbox acquired in 2012 and subsequently shut down.⁹

Effective merger oversight is a pre-requisite for competitive and innovative markets

The importance of innovation as a driver of economic growth is well recognised.¹⁰ And in the context of increased market concentration, as noted in the European Commission's report on the evolution of competition, which highlighted the comparatively high average market concentration in France¹¹, all levers of competition are needed to ensure that markets remain dynamic and competitive. It is a false economy to follow the siren call of pursuing market concentration as a means of achieving sustainable economic growth. As the European Commission report states: "... *weak competition harms (i) customer firms in industries downstream from those with weak competition, (ii) final consumers and (iii) if it is weak across sectors, the overall competitiveness of an economy and the long-term living standards of citizens.*"¹²

Killer acquisitions, or any anti-competitive transaction where large players takeover innovative targets with low turnover, pose a threat to the government's holistic approach of pursuing an innovation agenda. For all the new incentives to innovate created by policy reforms in other areas, a killer acquisition or pre-emptive acquisition can eliminate these incentives. It is therefore necessary to double down on efforts to reform and align merger frameworks with the government's pursuit of fostering innovation in markets. This will bolster the resilience of France's economy in both developed and emerging high-tech industries, such as AI, providing a necessary counterweight to the trend of dominant US companies entrenching their market power – as evidenced with the various partnerships and the recent Nvidia acquisition of start-up Run:ai - and their hold over EU companies.¹³ Timely intervention by way of effective merger review will ensure that potential anti-competitive effects are identified and addressed before market structures are irreversibly altered. And strengthening merger oversight will protect the competitive environment, ensuring fair market conditions for consumers, businesses, and innovation.

Examples of below-threshold mergers that raised competition concerns

A key concern about the acquisition strategies of dominant Big Tech is the creation of entire digital ecosystems that reinforce and protect their existing market power and open up

⁷ <https://www.theguardian.com/technology/2011/dec/05/facebook-buys-gowalla-location-sharing> or <https://www.zdnet.com/article/facebook-acquisition-complete-gowalla-shuts-down/>

⁸

<https://www.theverge.com/2011/10/29/2523159/beluga-group-messaging-shutting-down-closing-december-15th-facebook-messenger>

⁹ <https://techcrunch.com/2012/05/15/facebook-lightbox/>

¹⁰ Primo Braga, C. et al. (eds.) (2009), *Innovation and Growth: Chasing a Moving Frontier*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264073975-en>.

¹¹ European Commission: Directorate-General for Competition, *Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, Publications Office of the European Union, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/089949>, pg.5

¹² Ibid pg.15

¹³

<https://www.reuters.com/markets/deals/nvidia-closes-700-mln-runai-acquisition-after-regulatory-hurdles-2024-12-30/>

possibilities for abuses of this market power, including through a refusal of interoperability with services and products provided by competitors. Another concern is the data that these big platforms can collect as a result of the merger. It provides the platforms with an unmatched competitive advantage because competitors are unable to replicate the data sets, an issue that becomes particularly pressing because of the versatile nature of data that the incumbent platform can use in many different ways and markets. This includes: targeted advertising, where the platform can leverage merged datasets to refine user profiling and ad placement to an extent that competitors cannot match; e-commerce, where data from different services can be combined to predict consumer behavior and optimise product recommendations, giving the platform an undue advantage over third-party sellers; and AI development, where access to vast and diverse datasets enables the dominant firm to train superior machine-learning models, reinforcing its market power across multiple industries.

There have been several high-profile Big Tech mergers that were not examined by competition authorities reliant on a turnover-based threshold to trigger a notification. Google's acquisition of YouTube in 2006 escaped antitrust scrutiny in the EU because YouTube did not generate any turnover at that time. Today it has some 50 million users in France.¹⁴ The merger not only eliminated one of the world's fastest growing websites at the time, it also eliminated a nascent competitive constraint to the Google Videos service that could have competed with Google on the selling of ad space in the years following its development. Further, it strengthened Google's advertising empire. In 2012 Facebook acquired Instagram for USD 715 million, but the deal was reviewed (and subsequently cleared) in only a few jurisdictions that had a share of supply threshold – and indeed questions have since been raised over the analysis, given that the deal gave Facebook increased control over digital advertising, reducing choice and innovation in social media platforms.¹⁵ But at the time, the competition authorities that analysed this transaction considered that Facebook was a social network service provider and that Instagram was a photo-sharing app; they concluded therefore that they were not horizontal competitors in the same market. The deal was not reviewed by the European Commission since at the time Instagram did not generate any revenue. It is notable that in 2025, Instagram is expected to make more than half of Meta's US advertising revenue.¹⁶ Moreover, Facebook holds a dominant position in the worldwide market for social networks since at least 2012, the year it acquired Instagram, thus eliminating its most immediate competitive threat and reinforcing its market power through data-driven externalities. The merger entrenched Facebook's dominance of social network markets. It was able to impose contractual terms on consumers enabling pervasive tracking that it could not have otherwise imposed under competitive conditions, with the ensuing concerns about privacy violations.¹⁷ This also enabled it to access browsing data to strengthen its position in the display advertising markets and exclude competition in that sector.¹⁸

¹⁴ <https://www.statista.com/statistics/280685/number-of-monthly-unique-youtube-users/>

¹⁵ The US Federal Trade Commission (FTC) has initiated proceedings against Facebook accusing it of illegally maintaining its monopoly in personal social networking through a systematic policy of acquiring aspiring entrants to its market (Federal Trade Commission v. Facebook Inc. FTC Matter/File Number 191 0134).

¹⁶

<https://www.reuters.com/technology/instagram-make-up-more-than-half-metas-us-ad-revenue-2025-report-shows-2024-12-18/>

¹⁷ For example, European Commission recently fined Meta for imposing unfair trading conditions on other online classified ads service providers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_5801

¹⁸ Lovdahl Gormsen, Liza and Llanos, Jose Tomas, Facebook's Anticompetitive Lean in Strategies (June 6, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3400204> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3400204>

When WhatsApp was acquired by Facebook in 2014 for USD 19 billion, it had over 600 million users worldwide and up to 150 million users in the EEA. But the acquisition did not reach the EU turnover thresholds and in the end the European Commission was only able to review the deal because the parties volunteered to notify it under Article 4(5) of the EU Merger Regulation. However, Facebook's notification concealed a crucial detail. The Commission fined Facebook in 2017 for misleading it during the merger investigation, after WhatsApp changed its privacy policy in 2016 and started sharing the personal data of its users with Facebook. During the merger Facebook claimed that it would be unable to link users accounts with those of WhatsApp. The Commission imposed the fine to send a clear signal that companies must comply with EU competition rules. But critics argue that these fines are seen by Big Tech companies as a cost of doing business, which further frustrates and undermines the existing frameworks.¹⁹

In the pharmaceutical sector, the overriding concern is that killer acquisitions can reduce research and development (R&D) efforts and innovation, ultimately eliminating future competition and innovation of better drugs. Market consolidation in the pharma sector can result in significant reductions in research spending and patent output of the merged firms. The challenge of killer acquisitions is particularly acute in the pharma industry, where breakthrough innovations often come from smaller players with limited market share. A recent European Commission report sheds light on the prevalence of killer acquisitions in European pharmaceutical markets.²⁰ It reviewed 3,193 transactions in the pharmaceutical industry between 2014-2018 of which 240 transactions involved the acquisition of potentially substitutable drug R&D projects. Alarming, 37% of these deals (89 out of 240) led to the shutdown of a drug research project, without a clear technical or safety explanation.

There are a number of pharma mergers that have escaped merger scrutiny in Europe. For example, the European Commission identified the USD 21 billion acquisition of Pharmacyclics by AbbVie as a transaction "*which had a cross border effect in the EEA but were not captured by the current turnover thresholds set out in Article 1 of the Merger Regulation and thus fell outside the Commission's jurisdiction*".²¹ Nor does it appear to have been reviewed at Member State level. AbbVie was a US based pharmaceutical company generating billions of dollars of revenue, while Pharmacyclics was a US based biopharmaceutical company that only started to generate significant turnover in Europe after it received the regulatory authorisations to market its then blockbuster product (Imbruvica), a drug used in the treatment of rare forms of blood cancer. The transaction was closed in March 2015, only five months after Pharmacyclics received the marketing authorisation to

¹⁹ FT (2024) "Why Big Tech Fines Do Not Work"

<https://www.ft.com/content/ba6eb664-b981-42d7-b24a-65e7e19889f8>

²⁰ European Commission: Directorate-General for Competition, *Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects – Final report and appendices*, Publications Office of the European Union, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/3714497>

²¹ European Commission: Directorate-General for Competition, *Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, 2017, question number 15.

supply Imbruvica within the EU.^{22 23} Therefore, it seems unlikely that in such a short period of time the company was able to reach the turnover requirements necessary for the acquisition to have been reviewed by the European Commission.

And the Illumina/Grail merger is a case in point of the importance of being able to examine significant pharma acquisitions. The European Commission's in-depth review of Illumina's acquisition of Grail for USD 8 billion revealed serious competition concerns that the merger would stifle innovation and that Illumina would have the ability and the incentive to engage in foreclosure strategies against Grail's rivals. This led to the Commission's decision to prohibit the merger. However, in light of the subsequent CJEU ruling mentioned above, this merger would not have qualified for review in the first place.

Other examples include the EUR 1 billion acquisition of French pharmaceutical company Amolyt Pharma by AstraZeneca in 2024, which does not appear to have been subject to any merger review. Another is Sanofi's acquisition of Principia Biopharma for USD 3.7 billion in 2020 and Ablynx for USD 4.1 billion in 2018. Although the Sanofi/Ablynx merger was subject to merger control in certain jurisdictions around the world, there was no merger scrutiny of the takeover of Principia Biopharma. After the acquisitions, Sanofi discontinued several pipeline drug products in 2023 and 2025 which it had obtained through the Principia and Ablynx mergers.²⁴

Limitations of the existing French merger control system

The point is to demonstrate that there is a clear enforcement gap in a merger control system based on turnover only. This approach has not kept pace with market developments characterised by fast-moving markets and increased market concentration. And it is made weaker following the CJEU's judgement in *Illumina/Grail* that curtails Article 22 referrals from Member States to the European Commission for mergers that fall outside national competence. The acquisition of nascent competitors raises concerns that merit consideration and it is therefore necessary to review the scope and effectiveness of France's jurisdictional criteria and to ensure that each of the Autorité's enforcement efforts pull in the same direction, otherwise they will fall short of expectations.

The benefits of introducing of a call-in power

There are approximately 40 call-in merger control regimes around the world, including Member States of the EU and EEA. This equates to almost a quarter of all jurisdictions that have national merger control in place. And this comprises six of the world's top 20 leading economies, including the USA, China, Japan, Korea, Canada and Mexico. It is therefore not a novel or untested approach.

²²

<https://www.reuters.com/article/world/europe/abbvie-boosts-cancer-drug-pipeline-with-21-billion-pharmacyclics-deal-idUSKBN0M1098/>

²³

<https://www.prnewswire.com/news-releases/imbruvica-ibrutinib-now-approved-in-europe-for-treatment-of-two-blood-cancers-279550192.html>

²⁴ See, Fierce BioTech, "Sanofi cuts programs tied to multibillion-dollar deals from pipeline" on 30 January 2025 by Nick Paul Taylor,

<<https://www.fiercebiotech.com/biotech/sanofi-cuts-programs-tied-multi-billion-dollar-deals-pipeline>> ; also see, BioSpace, "Sanofi Cleans House Cuts Assets From Principia and Ablynx Buyouts" on 27 April 2023 by Kate Goodwing <<https://www.biospace.com/sanofi-cleans-house-cuts-assets-from-principia-and-ablynx-buyouts>>

Option 1 in the public consultation for a new call-in power based on quantitative and qualitative criteria would, in our view, address the underenforcement of below-threshold transactions and improve the overall deterrence effect of the merger control system.²⁵ A merger system updated in this manner has the potential to be more responsive and, on a case-by-case basis, target those transactions that raise serious competition concerns and move away from a system of administrative review based merely on size.

This option also has the advantage that it would not be reliant on a prior enforcement decision by the Autorité or the European Commission (Option 2), which is inevitably rigid and will be more burdensome for the Autorité to apply as it requires a decision to be adopted before the threshold can apply. Moreover, the flexibility of the Option 1 proposal will be better suited to preventing markets from tipping.

Option 1 has the benefit that it combines a more ad hoc ex ante power with the possibility of an ex post intervention (within a defined timeframe). This has the potential to steer business incentives away from structuring potentially anti-competitive transactions to fall below the relevant notification thresholds in order to avoid regulatory scrutiny.

The introduction of a call-in power is, in our view, preferable to Option 3 as a stand-alone option. Option 3 limits the scope of action of the Autorité to the enforcement of provisions on anticompetitive practices after the implementation of the merger concerned. This would not address the enforcement gaps discussed above. While the CJEU's *Towercast* judgement confirmed that Member States have the power to review acquisitions by dominant firms under abuse of dominance rules, even if the transaction is not notifiable under EU or national merger rules²⁶, it is not as attractive an option for a number of reasons, not least because it only applies when specific circumstances are met, such as a position of dominance. Such an approach is messier, more disruptive and offers companies less legal certainty.

Call-in powers: implementation and safeguards

To overcome concerns about legal uncertainty and fears of regulatory overreach, the Autorité has helpfully proposed that it will set qualitative and quantitative criteria to frame the circumstances when call-in powers are likely to apply and that it will provide guidance and an open-door policy for parties to consult the Autorité on the reportability of their transaction.

The Autorité references time limits, the merging parties' cumulative turnover and a significant effect on competition in France as supplementary criteria to shape a proposed call-in power. While the characteristics of call-in powers vary from jurisdiction to jurisdiction, what is key is that there are clear substantive and jurisdictional criteria set out in guidelines to provide legal certainty and predictability. Furthermore, the different approaches of the call-in powers in other EU Member States are underpinned by the opportunity for pre-notification discussions with the competition authority, especially when competition concerns are likely to be evident to the parties and their legal advisers, to reduce business uncertainty and address fears of a potential flood of voluntary notifications out of an abundance of caution.

²⁵ Buccirosi, Paolo; Ciari, Lorenzo; Duso, Tomaso; Spagnolo, Giancarlo; Vitale, Cristiana (2009) : Deterrence in Competition Law, SFB/TR 15 Discussion Paper, No. 285, Sonderforschungsbereich/Transregio 15 - Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY), München, <https://doi.org/10.5282/ubm/epub.13269>

²⁶ Case C-449/21 *Towercast*, Judgment of 16 March 2023, ECLI:EU:C:2023:207

In addition, it is possible to envisage that a call-in power is accompanied by a rationalisation of the application of the merger control regime. Specifically this could include better use of, and reviewing, the simplified procedure and short form merger decisions to expand the scope of the Autorité's review of unproblematic mergers. Taken together, these make for a more effective application of the merger control framework.

The setting of time limits for the intervention of a call-in power following the closing of a transaction can also minimise the problem of disentangling a completed transaction. For example, a (potentially) short deadline after the announcement of the completed transaction (before which the Autorité would have to indicate whether it wanted to review the merger) could then be taken into account in business planning, given that it takes time to make a merger happen in practice. This provides a balance between the public interest of preventing market power and business interests in legal certainty and lower regulatory costs.

The criteria outlined in Option 1 includes reference to the merger having a significant effect on competition in France. Guidelines can clarify the jurisdictional parameters to ensure there is a sufficient nexus to France, through metrics such as the merging parties having a minimum combined domestic turnover or customers in the territory, and the merger having the potential to impede competition in a substantial portion of national or local markets.

Additionally, the proposal for a call-in power should take into account the wider EU context of other Member States adopting or considering regulating below-threshold mergers. To avoid the risk of jurisdictional uncertainty with a patchwork of Member State approaches to below-threshold mergers potentially resulting in competing reviews or some Member States referring cases to the European Commission for review, there is strong case for a shared competence over below-threshold merger review.²⁷

Conclusion

We support the proposal for the introduction of call-in powers as an essential tool for the Autorité to protect domestic markets from anti-competitive mergers and prevent the unchecked consolidation of market power. A call-in power provides a more flexible approach that would ensure that harmful mergers are not overlooked simply because they fall below a specific threshold. A call-in power with clear guardrails would ensure more comprehensive oversight of an evolving global business landscape and help maintain fair, competitive markets. The reform of French merger control through the adoption of a flexible call-in power with clear guidelines would achieve both an expanded and predictable merger control framework.

²⁷ Anna Tzanaki, *"Dynamism and Politics in EU Merger Control: The Perils and Promise of a Killer Acquisitions Solution Through a Law & Economics Lens"*, *Antitrust Law Journal* (forthcoming)

Signatory Organisations

SOMO

IT for Change

CTS-FGV

Balanced Economy Project

Rebalance Now

Open Markets Institute

**Réponse de France Digitale
à la consultation de l'Autorité de la concurrence**

20 février 2025

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, ouverte jusqu'au 21 février 2025 (conformément à l'extension du délai de réponse obtenu par France Digitale le 14 février).

—

La consultation de l'Autorité de la Concurrence (l'“**Autorité**”) vise à recueillir l'avis du marché sur l'éventuelle introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification des opérations de concentration en dessous des seuils (la “**Consultation**”).

Le présent document est la réponse de France Digitale à la Consultation, en tant qu'organisation représentant les startups, scale-ups et investisseurs en capital-risque français, dont la mission est de permettre l'émergence et le développement de champions européens de l'innovation.

Pour France Digitale, il ne fait aucun doute que dans le contexte géopolitique et économique actuel, il est nécessaire de veiller à la fois de la protection des intérêts de la France - au travers du contrôle des investissements en France opéré par le Bureau des Investissements étrangers en France - et au maintien de conditions de marché équitables - au travers du contrôle des concentrations opéré par l'Autorité de la concurrence.

Nous tenons cependant à attirer l'attention de l'Autorité sur les conséquences directes et indirectes d'un renforcement du contrôle des concentrations sur les capacités de développement du marché économique de l'innovation, et en particulier des startups.

Notre réponse s'articule autour du plan suivant :

Eléments de contexte sur le marché de l'innovation	2
Position de France Digitale	5
I. L'Option n°3 est inadaptée au contrôle d'opérations de concentrations pour les startups	5
II. En tout état de cause, la mise en oeuvre du contrôle ex post (Option n°3) doit être strictement encadrée	6
III. Les Options n°1 et n°2 nuisent gravement à l'attractivité du marché de l'innovation	8

—

Contacts pour France Digitale

Marianne Tordeux Bitker : marianne@francedigitale.org

Clotilde Hocquard : clotilde@francedigitale.org

A propos de France Digitale : Fondée en 2012, France Digitale est la plus grande association de startups en Europe, avec plus de 2000 startups et investisseurs français. L'association se donne pour mission de faire émerger des champions européens en fédérant et en portant la voix de celles et ceux qui innovent pour changer la face du monde. L'Association est inscrite à la HATVP et au Registre de transparence de l'UE (n°479234015862-06).

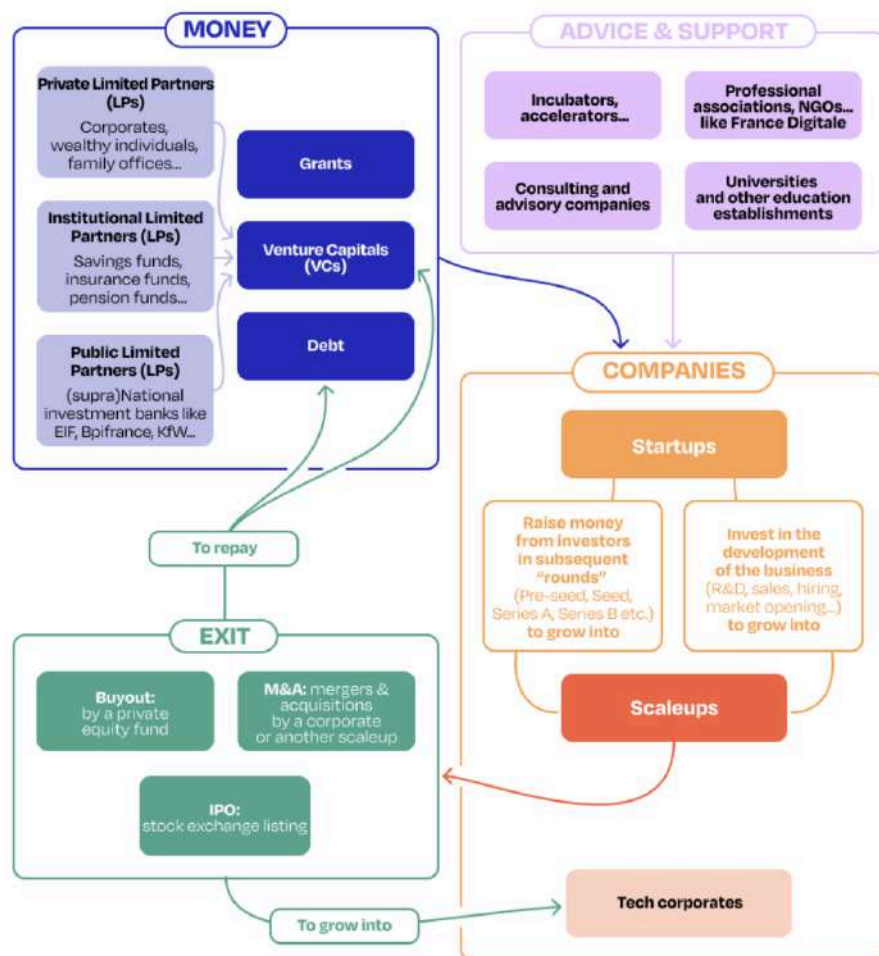


Éléments de contexte sur le marché de l'innovation

Dans ces éléments de contexte, France Digitale tient à apporter des précisions sur le marché économique de l'innovation français et européen, pour éclairer la suite de notre réponse.

1- L'équilibre et les capacités de croissance de ce marché dépendent d'un facteur essentiel : l'attractivité.

Cette attractivité se retrouve à toutes les étapes de la croissance des startups, chacune de ces étapes étant interdépendante l'une de l'autre. En d'autres termes, si l'attractivité d'un des maillons de la chaîne vient à manquer, c'est l'ensemble de la chaîne qui est bloquée.



Le schéma ci-dessus illustre le fonctionnement de la chaîne de développement des startups françaises, et les grandes étapes de l'attractivité :

- A l'origine, des investisseurs (institutionnels, personnes physiques, fonds de pension, etc., privés ou publics) dénommés « **LP** » investissent dans des fonds de capital-risque (ou « **venture capital/ VC** »);
- ces VCs investissent dans des startups ;
- ces startups créent de la valeur, croissent (par de la croissance organique ou externe) ;
- et doivent, in fine, offrir des options de sortie pour leurs VC (au travers d'une introduction en bourse, de l'acquisition intégrale du capital par un autre entreprise ou par la prise de participation par un fonds de secondaire), afin que ces derniers remboursent leurs propres investisseurs... qui réinvestiront ensuite, en cas de performance du fonds de VC, dans un nouveau fonds de VC, reproduisant ainsi le cycle pour d'autres entreprises.



La dernière étape décrite ci-dessus (ie., la sortie) est une étape « du meilleur scénario ». En effet, l'investissement dans les startups est par nature risqué ; beaucoup d'entreprises innovantes ne parviennent pas à trouver leur marché, échouent. Seule 1 entreprise sur 10 permettra aux VC de réaliser une sur-performance, tenant les performances du fonds de VC – et donc d'assurer le maintien du marché. La réalisation de cette « très bonne » sortie, à des conditions de marché favorable, est absolument essentielle pour garantir, ensuite, un réinvestissement dans de nouvelles opérations.

Or, aujourd'hui, le marché des startups est porté par très peu d'options de sortie. Plusieurs facteurs expliquent ces difficultés :

- Les startups accusent une décorrélation entre la valorisation établie par le marché du capital-risque et la valorisation établie par les règles du private equity ;
- Il manque d'options alternatives au M&A : le marché des IPO est bloqué par manque de fonds, et il manque de fonds de secondaire pour financer des prises de participation de l'intégralité du capital ;
- Les taux d'intérêts rendent moins attractifs l'investissement risqué – par opposition à des actifs moins risqués ;
- Plus largement, le contexte politique ne garantit pas l'attractivité des entreprises françaises auprès des investisseurs LPs, grippant la chaîne de financement, et complexifiant d'autant la capacité des startups à financer l'acquisition d'autres startups pour leur croissance externe.

Notre message est simple : toute mesure qui viserait à complexifier la capacité des startups à se faire acquérir ou à acquérir d'autres startups est une atteinte directe à l'attractivité du marché de l'innovation français, qui souffre déjà beaucoup aujourd'hui.

Le système actuel de contrôle des concentrations français, qui repose sur un mécanisme de seuil fondé sur le critère du chiffre d'affaires, est **quantifiable et prévisible**. Les parties à la transaction, qui par hypothèse génèrent un chiffre d'affaires conséquent, intègrent les coûts associés à un contrôle de l'Autorité en amont dans le coût global de la transaction. Avec un contrôle sous les seuils, toutes les concentrations seront en sursis. Une telle insécurité juridique est de nature à dissuader les investisseurs de procéder à de telles opérations en France. Cette entaille faite à l'attractivité de la France risque de mettre en péril l'équilibre déjà fragile du cycle du financement de l'innovation.

2- La création de champions européens de l'innovation passe par la croissance organique et la croissance externe.

Afin que les startups se développent et trouvent leur modèle économique, celles-ci peuvent recourir à la croissance interne (dite organique), en mobilisant leurs ressources internes. Ce mode de croissance est cependant lent et donc peu compatible avec le besoin d'innovation rapide, dans un contexte où les sources de financements pour les startups se font déjà rares.

C'est pourquoi les startups ont de plus en plus recours à la croissance externe, par l'acquisition d'autres entreprises. Les enjeux pour elles sont variés : faire des économies d'échelle, diversifier leurs savoirs-faires, leurs offres, leurs technologies, pouvoir s'adjoindre de nouveaux talents. Ces stratégies sont d'autant plus importantes pour adresser des marchés complémentaires et réduire les risques liés à la dépendance à une seule verticale, qui peut prendre du temps à trouver son marché, du fait même de son caractère innovant.

La croissance externe est aussi indispensable à la création de champions européens, dans une course à l'innovation mondiale : ces champions sont la clé afin que l'Europe puisse faire face à des acteurs mondiaux déjà en place et de taille critique, notamment dans la tech. Par ailleurs, aujourd'hui, lorsqu'une startup souhaite s'implanter sur le marché d'un autre pays européen, celle-ci fait face à de nombreux obstacles, du fait du manque d'harmonisation du marché unique. Les barrières à l'entrée sont nombreuses : droit des sociétés, droit du travail, droit fiscal non harmonisé, barrières administratives, barrières culturelles, barrières technologiques... le seul moyen pour elle de s'implanter durablement sur un autre marché est donc d'acquérir une société locale. Au-delà de l'internationalisation de nos entreprises, la croissance externe apparaît aujourd'hui comme le levier le plus sûr en vue de créer de véritables champions européens de la tech, dès lors qu'elle permet d'acquérir de nouveaux talents, de déployer de nouvelles innovations et d'étendre son champ d'activité.



Les stratégies de croissance externe sont d'autant plus vertueuses qu'elles permettent d'apporter des liquidités sur le marché, et de remédier au système grippé des sorties (cf. point 1).

Il nous paraît donc essentiel, de :

- Maintenir l'attractivité de l'écosystème innovant français, durement gagné ces dix dernières années, et qui se trouve aujourd'hui chahuté et en manque de liquidités. Cela suppose de ne pas introduire d'imprévisibilité dans les transactions, qui ne serait qu'un frein aux transactions, donc aux sorties et *in fine*, risquerait de rompre définitivement le cycle fragile du financement de l'écosystème.
- Permettre aux startups de se diversifier et de passer à l'échelle en Europe via des stratégies de croissance externe, afin que l'Europe préserve sa compétitivité et se dote de champions européens de l'innovation dans un contexte géopolitico-économique critique.



Position de France Digitale

Le contrôle des opérations sous les seuils doit être exceptionnel, strict et impliquer de la prévisibilité pour les entreprises et leurs investisseurs, sous peine de paralyser la vivacité et le dynamisme de l'écosystème des startups françaises, ainsi que la création de champions français et européens de l'innovation en affectant durablement l'attractivité de cet écosystème. Nous appelons également à une uniformisation de l'appréciation des concentrations à l'échelle européenne.

Pour France Digitale, les options 1 et 2 risquent de nuire gravement à l'attractivité du marché de l'innovation - exception faite de la proposition visant à instaurer une notification obligatoire pour les "contrôleurs d'accès" au sens du DMA.

Prenant acte de la jurisprudence Towercast de la Cour de Justice de l'Union Européenne ("**CJUE**") du 16 mars 2023 (aff. C-449/21), France Digitale soutient que le contrôle ex post prévu à l'Option n°3 de la Consultation ne doit pas être mis en oeuvre dans le secteur des startups ; en toute hypothèse, si celui-ci devait tout de même être utilisé, son éventuelle mise en œuvre devra être strictement encadrée pour préserver la prévisibilité des opérations et la sécurité juridique des entreprises.

En tout état de cause, nous rappelons le principe de non-cumul entre l'examen de l'opération par le biais d'une Option n°1/n°2 et par le biais de l'Option n°3, afin d'éviter l'instauration d'un niveau de contrôle excessif des opérations de concentration.

I. L'Option n°3 est inadaptée au contrôle d'opérations de concentrations pour les startups

L'option ici envisagée par l'Autorité de la concurrence vise à contrôler *a posteriori* une opération d'acquisition ou de prise de contrôle (ie. de concentration) sur le fondement de la prohibition des abus de position dominante ou des ententes.

Inspirée de la jurisprudence TowerCast, France Digitale tient à rappeler que cette dernière est **particulièrement inadaptée au secteur des startups**.

S'agissant de nouvelles technologies complexes, les définitions de marchés sont en constante évolution, notamment au regard de l'évolution rapide des modèles d'affaires, de l'émergence continue de nouveaux produits ou de l'évolution rapide des produits existants : leurs frontières ne sont pas figées. La nature émergente de ces marchés, qui n'ont pas atteint leur degré de maturité, conduit à une instabilité structurelle rendant particulièrement complexe, voire impossible, toute tentative d'évaluation précise des positions concurrentielles, alors volatiles ou temporaires, et des effets potentiels des opérations de concentration du secteur. L'application de la jurisprudence TowerCast à ces marchés génère un risque très important d'aboutir à des conclusions erronées, à des "faux positifs", identifiant à tort des pratiques et effets anticoncurrentiels là où il n'existe que des stratégies légitimes de développement et d'innovation, signes d'une concurrence saine par les mérites.

Cette jurisprudence n'a de sens que pour des marchés matures, pour lesquels il existe une certitude empirique sur les positions des acteurs et l'évolution de marché, permettant une analyse économique robuste et fiable, fondée sur des données qualitatives et des tendances clairement identifiables - ce qu'on ne peut retrouver en matière de startups. Telle était d'ailleurs la nature du marché dans l'affaire TowerCast : le marché de la diffusion de la TNT présentait toutes les caractéristiques d'un marché adulte, notamment une technologie mature avec des évolutions techniques relativement prévisibles et graduelles, un nombre d'acteurs identifiés, des modèles économiques éprouvés, etc.

L'application de la jurisprudence TowerCast dans le domaine des startups aurait concrètement pour conséquence de (i) réduire drastiquement la création de jeunes pousses, dès lors que leurs potentiels fondateurs et investisseurs préempteront désormais qu'ils rencontreront des difficultés à développer ou à vendre leur innovation; et (ii) amoindrir fortement les incitations à l'investissement côté acheteurs au regard des risques juridiques encourus.



En sont compromis la création de nouvelles technologies et le développement d'entreprises européennes ou françaises fortes, capables de rivaliser avec les entreprises extra-européennes, alors même que la nécessité d'innovation - ardemment défendue par le rapport Draghi - est au coeur de la réalisation d'une politique industrielle européenne compétitive.

En est également compromis la capacité d'investissement : la limitation des perspectives d'exit freinerait fortement la possibilité pour les investisseurs de réinvestir dans l'économie française ; ainsi, le poids que fait porter cette perspective sur la compétitivité française est immense : tant en matière de financement de projets qu'en matière d'innovation.

II. En tout état de cause, la mise en oeuvre du contrôle ex post (Option n°3) doit être strictement encadrée

En tout état de cause, pour France Digitale, cette option doit impérativement garantir la sécurité juridique des opérations. Les conditions d'assurance de cette sécurité juridique devront être discutées avec les différentes parties prenantes (entreprises, investisseurs notamment), et France Digitale se tient à la disposition de l'Autorité pour y contribuer.

En pratique, nous préconisons des pistes de travail autour de :

2.1 Une limitation temporelle du délai de saisine de l'Autorité de la concurrence post-opération

Nous appelons l'Autorité à publier des lignes directrices intégrant notamment une limite temporelle à sa faculté d'auto-saisine pour le contrôle ex post des opérations réalisées.

En particulier, **un délai de six mois post-opération nous semble être le délai le plus long pour garantir la sécurité juridique des entreprises concernées par le contrôle.**

Il paraît problématique de contrôler des opérations de concentration dont la réalisation s'est achevée plusieurs années auparavant. Le regard rétrospectif porté sur de très anciennes opérations peut conduire à attribuer "à rebours" un certain succès et un pouvoir de marché à une entreprise qui, au moment de la réalisation de ces acquisitions, n'en disposait pas.

Ainsi, des pratiques mises en oeuvre par des start-up naissantes, n'atteignant aucun seuil de rentabilité et composées d'à peine quelques individus, risqueront d'être condamnées alors même qu'il ne peut être sérieusement soutenu que ces entreprises disposaient dès leurs premiers jours d'un pouvoir de marché tel qu'elles pouvaient en abuser pour façonner le marché à leur image et exploiter ou évincer de potentiels concurrents.

En outre, dans un secteur innovant en constante évolution, chaque semaine peut faire évoluer l'appréciation d'un marché économique. Un contrôle qui interviendrait plus de six mois après une opération pourrait apprécier un marché économique devenu radicalement différent de ce qu'il était au jour de l'opération, sans que ces évolutions ne soient imputables aux entreprises concernées par l'opération.

Exemple

Nous en tenons pour exemple l'évolution constante du marché de l'IA générative.

Dans ce secteur ultra-concurrentiel mais dominé par des acteurs ayant une certaine taille critique, le marché évolue quasiment quotidiennement, au gré de sorties régulières de nouveaux modèles d'IA générative, mais aussi au gré de pivots stratégiques opérés par les entreprises pour se maintenir sur le marché (choix de l'opensource, conclusion de partenariats stratégiques, acquisitions d'entreprises pour développer des infrastructures ou des applications, etc.).



Il y a 3 ans, il aurait été strictement impossible de prédire la position de leader d'une entreprise comme OpenAI sur le marché de l'IA générative, acquise par de multiples facteurs (canaux de distribution, sortie de modèles performants, partenariats stratégiques, etc.). De la même manière qu'il est aujourd'hui difficile (voire impossible) d'imaginer quels seront les challengers d'OpenAI dans six mois : une entreprise chinoise, européenne, américaine, ou autre ?

Toute opération d'acquisition d'une entreprise par un concepteur de modèle d'IA générative pourrait, soit simplement apporter un renfort opérationnel à ce concepteur, soit s'avérer être un choix stratégique crucial et différenciant, lui permettant d'être leader à moyen terme, en raison de multiples facteurs externes à l'opération (choix stratégiques ratés de concurrents, changement d'un contexte géopolitique, moindre performance des concurrents, absence de conformité aux réglementations européennes des concurrents, etc.).

Cet exemple fictif permet d'illustrer une idée fondamentale : **dans un secteur innovant en constante évolution, il n'est simplement pas possible de prédire, au jour d'une opération, l'impact économique à moyen terme qu'aura cette opération sur l'évolution du marché. Le regard porté rétrospectivement sur les effets de cette opération est donc un regard anachronique biaisé, prenant en compte des informations dont aucun des acteurs, pas même les parties, ne pouvaient avoir connaissance.**

2.2 Établir une ligne directrice claire sur les standards d'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les contrôles ex-post

Comme rappelé ci-dessus, l'incertitude instaurée par le contrôle d'opérations anciennes est particulièrement problématique en matière de nouvelles technologies.

En effet, l'évaluation par les entreprises du secteur de leur possible position dominante est délicate. S'agissant de nouvelles technologies complexes, les définitions de marché sont en constante évolution, notamment au regard de l'émergence continue de nouveaux produits ou de l'évolution rapide des produits existants.

En premier lieu, en découle un danger de qualification d'une position dominante pour les startups innovantes. En raison de cette incertitude, peut émerger une certaine inclinaison à l'adoption d'un point de vue simpliste selon lequel chaque nouvelle fonctionnalité d'une technologie naissante doit être analysée isolément des autres fonctionnalités d'un même logiciel et constituer en tant que tel un marché pertinent. Les start-ups innovantes, qui ont rencontré un certain succès en développant une nouvelle fonctionnalité, pourraient alors être considérées rétrospectivement comme ayant toujours été en position dominante sur un marché sur lequel elles venaient pourtant de naître. Le développement et le succès d'une technologie ou d'une fonctionnalité, acte d'innovation normal, doivent-ils entraîner mécaniquement la position dominante de l'entreprise l'ayant conçue ?

Cette observation souligne l'impératif pour les autorités de concurrence de développer une expertise approfondie et nuancée des marchés technologiques émergents (tant dans leur définition que dans l'appréciation des dynamiques et pouvoirs de marché en jeu), indispensable pour éviter les écueils d'une fragmentation artificielle des marchés et d'une qualification erronée des positions concurrentielles.

En second lieu, un standard de preuve très élevé doit être requis pour qualifier un abus de position dominante ou une entente sur ce fondement. Des tests économiques poussés, éprouvant les effets allégués de l'acquisition sur l'état de la concurrence, doivent être mis en œuvre et soumis au contradictoire.

Nous appelons l'Autorité de la concurrence à préciser les critères d'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les contrôles ex-post.

France Digitale se tient à la disposition de l'Autorité pour co-construire ces critères.



2.3 Absence de rétroactivité du contrôle pour les opérations réalisées avant l'arrêt TowerCast de la Cour de Justice

Cette option résulte d'un changement de doctrine issu de la décision TowerCast. Nous appelons donc à ce qu'aucun contrôle de l'Autorité ne puisse être opéré sur les opérations réalisées avant cette décision, afin d'éviter aux entreprises d'être placées dans une situation de "précarité" économique et juridique..

2.4 Anticiper les conséquences de la qualification "anticoncurrentielle" des opérations par l'Autorité de la concurrence

En cas de qualification de l'opération de "pratique anticoncurrentielle", se pose la question de l'avenir de cette opération. Il est nécessaire de réfléchir aux injonctions qui pourront être prononcées, comme le dénouement. Celui-ci peut être d'autant plus complexe (voire impossible) à réaliser lorsque l'opération contrôlée et remise en cause est ancienne.

Aussi, nous appelons l'Autorité à anticiper les conséquences du dénouement des opérations - en particulier pour les entreprises, l'emploi et la propriété intellectuelle.

III. Les Options n°1 et n°2 nuisent gravement à l'attractivité du marché de l'innovation

L'Autorité de la concurrence envisage deux autres options de contrôle des concentrations en dessous des seuils :

- la première option porte sur la création d'un pouvoir d'évocation ciblé : sous certaines conditions quantitatives et qualitatives, l'Autorité disposerait du pouvoir d'enjoindre à une entreprise de notifier une opération de concentration *avant ou après* la réalisation de l'opération. Selon l'Autorité, ce mécanisme serait encadré tant matériellement que temporellement avec trois critères cumulatifs à remplir :
 - Un seuil de chiffre d'affaires cumulés des entreprises parties à l'opération ;
 - L'affectation significative de la concurrence probable générée par l'opération ; et
 - Une condition de temporalité.
- la deuxième option porte sur la création d'une condition alternative aux seuils basée sur la pratique décisionnelle antérieure : cette option propose d'ajouter un critère alternatif aux seuils, 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 la prohibition des abus de position dominante. 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 DMA.

Pour France Digitale, ces deux options nuisent gravement à l'attractivité du secteur de l'innovation, en ne garantissant ni sécurité juridique, ni prévisibilité des opérations, ni harmonisation avec les autres Etats membres.

Si ces options devaient cependant être adoptées, nous précisons dans les paragraphes suivants les points de vigilance cruciaux pour l'écosystème.



3.1 Commentaires sur l'Option 1

Pour France Digitale, cette option ne peut être retenue, sans apporter des garanties strictes de sécurité juridique sur les aspects suivants :

→ S'agissant du seuil de chiffre d'affaires

L'introduction d'un critère quantitatif, donc mesurable de manière prévisible, nous paraît indispensable. Ainsi, la définition d'un seuil de chiffre d'affaires devrait nécessairement être prévue pour assurer un minimum de prévisibilité juridique aux opérations.

Se pose la question du seuil à retenir. Un seuil sur le modèle italien (CA mondial supérieur à 5 milliards d'euros) permettrait de viser les opérations réalisées par des entreprises susceptibles d'affecter la concurrence de manière significative.

Si un seuil moins élevé devait être retenu, nous appelons à ce qu'un **critère de seuil non-combiné**, exigeant que chaque partie réalise un certain chiffre d'affaires, soit adopté, plutôt qu'un critère portant sur un seuil de chiffre d'affaires cumulé entre les parties à l'opération.

→ S'agissant de la définition de "ce qui est "susceptible d'affecter la concurrence"

Nous renvoyons ici aux développements de la partie 2.2 visant les difficultés d'appréciation des effets des opérations de concentration dans le secteur des entreprises innovantes.

Si cette option était retenue, il serait impératif de publier une définition précise et claire des critères d'appréciation de l'affectation de la concurrence entendue par l'Autorité.

→ S'agissant des modalités de contrôle

L'Autorité évoque la possibilité de réaliser un contrôle avant et après l'opération. Cela appelle les commentaires et interrogations suivants:

- **S'agissant du point de départ du délai de contrôle** : comment l'Autorité aura-t-elle connaissance des opérations en cours, par exemple non encore publiques et réalisées ?
- **S'agissant du contrôle avant opération** :
 - l'Autorité pourra-t-elle se saisir d'opérations à l'état de projet ? Par exemple, ayant seulement été indiqués dans la presse mais sans qu'aucun contrat n'ait encore été conclu ?
 - Quand l'opération sera-t-elle assez concrète à son sens pour exiger une notification ? En particulier, une évocation au stade des négociations commerciales compromettrait la bonne tenue de celles-ci (l'acheteur pouvant être dissuadé de conclure).
 - Quelle serait la valeur juridique d'une politique de "porte ouverte" suggérée par l'Autorité ? **Nous souhaitons souligner l'importance de cette démarche** et proposons la mise en place d'une possibilité de dépôt d'un formulaire d'information de l'Autorité concernant les opérations que l'entreprise considère comme remplissant les critères de matérialité, sur le modèle des "**lettres de confort**". En contrepartie de cet accès facilité à l'information, nous suggérons que cette "lettre" empêche ensuite de remettre en cause toute opération portée à la connaissance de l'Autorité.
- **S'agissant du "délai raisonnable" dans lequel l'Autorité pourrait évoquer l'opération**, il est impératif que celui-ci soit chiffré, de l'ordre de 2 mois maximum (modèle Irlandais). Ce délai devrait commencer à courir à partir du moment où l'Autorité prend connaissance de la possible transaction (ou aurait pu en avoir connaissance), et s'éteint dans les 2 mois post-opération si l'Autorité n'en a pas eu connaissance avant.



- **S'agissant du délai de réponse de l'Autorité, en particulier avant opération** : nous appelons l'Autorité à avoir conscience que dans le secteur de l'innovation, la faculté à réaliser une opération dans de bonnes conditions pour l'entreprise cible ou les investisseurs dépend de multiples facteurs fragilisant les transactions. Il est en particulier absolument nécessaire de garantir un traitement du dossier par l'Autorité le plus court possible, notamment lorsque l'opération n'a pas été totalement réalisée (inférieur à 4 semaines). Une procédure spéciale devrait donc être mise en place (délais courts, documentation exigée réduite, etc.).

→ Absence de rétroactivité de la mesure

Cette option ne pourrait, en tout état de cause, ne s'appliquer qu'aux opérations intervenues après l'entrée en vigueur des dispositions légales qui octroieraient un tel pouvoir.

3.2 Commentaires sur l'Option 2

→ S'agissant des opérations réalisées auprès d'entreprises qualifiées de "contrôleur d'accès" au sens du DMA

Nous comprenons que l'Autorité se réfère aux "contrôleurs d'accès" du DMA pour obliger ces derniers à notifier les opérations qu'ils réalisent. Nous rappelons ici que le marché du capital risque, qui porte le secteur de l'innovation en France, est structurellement dépendant de la réalisation d'opérations de sorties, à savoir d'acquisitions des entreprises en portefeuille. Ces sorties peuvent, et doivent pouvoir, être réalisées auprès d'entreprises qualifiées de "contrôleur d'accès" au sens du DMA, si les conditions de marché préservent le droit de la concurrence.

Nous appelons donc l'Autorité à exercer un contrôle éclairé de ces opérations, pour maintenir l'attractivité de l'écosystème, et à publier les critères d'appréciation de son contrôle dans des lignes directrices.

→ S'agissant du contrôle des opérations réalisées par des entreprises ayant 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 la prohibition des abus de position dominante

Cette option est inacceptable pour les entreprises.

Le déclenchement automatique d'une notification pour toute opération risque de ralentir l'ensemble des capacités de croissance externe des entreprises visées. L'Autorité considère que tant sa propre pratique décisionnelle que celle de la Commission européenne doivent être prises en compte pour le déclenchement de ce critère. En pratique, une entreprise s'étant vue refuser une fois une opération (ou ayant pris des engagements) en France ou devant la Commission devrait dès lors procéder à une notification systématique de toutes ses opérations de M&A. Cela fait peser un très lourd poids sur ses épaules, et risque de ralentir son développement et l'innovation.

Cette option repose sur des critères de notification relativement inédits en Europe - ce qui entraverait l'attractivité de la France. Seule la Suisse a adopté des critères similaires, et observe elle-même de manière générale que son droit des concentrations présente des carences et qu'une harmonisation avec le régime de l'Union Européenne serait souhaitable¹.

¹ [Rapport](#) fondé sur l'art.59a de la loi sur les cartels concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier Approuvé par le Conseil fédéral le 25 mars 2009, page 6 et 10

Paris

Freshfields LLP
9 avenue de Messine
75008 Paris
T +33 1 44 56 44 56 (Standard)
+33 1 44 56 33 75 (Ligne Directe)
F +33 1 44 56 44 00
Palais J 007
www.freshfields.com

Monsieur Benoît Coeuré
Président de l'Autorité de la concurrence
11 rue de l'Echelle
75001 Paris

Paris, le 14 février 2025

Objet : Réponse à la consultation publique de l'Autorité du 14 janvier 2025 sur l'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

Monsieur le Président,

1. Nous saluons l'initiative de l'Autorité de recueillir les observations des parties prenantes s'agissant des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur.
2. En réponse à cette consultation publique, nous sommes d'avis que l'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 n'est pas requis.
3. En effet, il nous semble que la modification des règles nationales de contrôle des concentrations n'apparaît pas nécessaire **(I)**, et que les deux premières options envisagées à cet égard, à savoir la création d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité et l'introduction d'un nouveau seuil de notification obligatoire pour certaines entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché, ne sont pas souhaitables **(II)**.
4. Quant à la troisième option, consistant à limiter l'intervention de l'Autorité à la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles, celle-ci existe déjà. Elle ne nous semble envisageable qu'à titre tout à fait exceptionnel compte tenu des perturbations également exceptionnelles qu'elle est susceptible d'entraîner dans la vie des affaires. Toutefois, le fait que son déclenchement doive rester exceptionnel ne nous paraît pas porter préjudice à son efficacité, car les situations où une concentration sous les seuils porte atteinte à la concurrence sont elles aussi exceptionnellement rares **(III)**.

Freshfields LLP est un partnership à responsabilité limitée immatriculé en Angleterre et au Pays de Galles sous le numéro OC334789. L'activité du cabinet est soumise à l'autorisation et au contrôle de la Solicitors Regulation Authority en Angleterre (SRA no. 484861), et à celui du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris en France. Pour toute précision d'ordre réglementaire supplémentaire, veuillez consulter le lien internet suivant : <https://www.freshfields.com/en-gb/footer/legal-notice/>.

Une liste des membres du partnership Freshfields LLP (et des personnes qui ne sont pas membres du partnership mais sont néanmoins désignées comme ayant la qualité d'associé) est disponible dans nos bureaux de Londres (100 Bishopsgate, London EC2P 2SR) et de Paris (9, avenue de Messine, 75008 Paris). Les termes « Associé » ou « Partner » désignent tant un membre du partnership qu'un consultant ou salarié de celui-ci ou de sociétés ou entités associées à Freshfields LLP, et stipulé comme tel.

I. La modification des règles de contrôle des concentrations n'apparaît pas nécessaire

5. Le lancement de la consultation s'appuie sur 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 en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires de la cible au moment de la concentration* ». L'Autorité relève en outre que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a « *appelé de ses vœux l'intervention du législateur* », s'inscrivant ainsi dans la lignée de l'arrêt *Illumina/Grail* du 3 septembre 2024¹, qui a annulé la possibilité pour les autorités nationales disposant d'un régime de contrôle des concentrations de renvoyer à la Commission, au titre de l'article 22 du règlement européen sur le contrôle des concentrations, une concentration qui n'est pas notifiable dans leur propre régime national.
6. Si l'arrêt *Illumina/Grail* remarque en effet qu'il est « *loisible aux États membres de revoir à la baisse leurs propres seuils de compétence fondés sur le chiffre d'affaires prévus par la législation nationale* », ce n'est qu'à condition que les évolutions observées sur certains marchés justifient d'élargir le champ des opérations méritant un examen préalable².
7. A ce titre, il serait utile que l'Autorité partage avec les parties prenantes les éléments qui suggèrent qu'un nombre croissant d'opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence échappent à son contrôle et méritent un examen préalable en France.
8. En effet, pendant les quatre années où l'interprétation large de l'article 22 était en vigueur, à savoir entre septembre 2020 et septembre 2024, l'Autorité n'a renvoyé que deux cas à la Commission dans ce cadre³, soit un cas tous les deux ans. Ceci ne nous semble pas suffisant pour justifier de légiférer au niveau national sans que l'Autorité n'identifie avec plus de précision le problème potentiel ni, *a fortiori*, son accroissement ou encore les pistes à privilégier pour le résoudre.
9. Faute d'élément supplémentaire, envisager la modification des règles actuelles afin de contrôler une opération tous les deux ans semble disproportionné, en particulier au regard des démarches administratives supplémentaires que certaines des options soumises à consultation risquent de générer, tant pour les entreprises, que pour les services d'instruction (ces derniers ayant contrôlé en 2023 pas moins d'une opération par jour ouvré⁴, ce qui est déjà considérable).
10. Il convient en outre de noter que cette consultation intervient moins de six mois après l'adoption par le Sénat du projet de loi de simplification de la vie économique, qui propose de

¹ Cour de justice de l'Union européenne, *Illumina/Commission*, C-611/22 P et *Grail/Commission*, C-625/11 P, 3 septembre 2024.

² *Ibid*, para. 217.

³ Il s'agit des cas *Illumina/Grail* et *Qualcomm/Autotalks* ; voir les communiqués de presse de l'Autorité du 20 avril 2021 et du 18 août 2023 : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/la-commission-europeenne-ouvre-une-procedure-dexamen-du-rachat-de-grail-par> ; <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/la-commission-europeenne-ouvre-une-procedure-dexamen-du-rachat-dautotalks-par>.

⁴ Rapport annuel de l'Autorité pour l'année 2023, page 29 : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/2024-07/2023rapportannuel-planche.pdf>.

réhausser significativement les seuils français de contrôle des concentrations⁵ sans évoquer la nécessité de mettre en place tout un nouveau système.

11. Bien au contraire, l'étude d'impact de ce projet de loi constate la nécessité d'adapter le niveau des seuils « à l'évolution de l'économie française au cours des vingt dernières années » afin de simplifier les procédures administratives, au bénéfice notamment des petites et moyennes entreprises⁶. Or, malgré une étude détaillée du nombre d'opérations notifiées à l'Autorité, à la Commission et dans d'autres Etats membres au cours des vingt dernières années, ainsi que de l'incidence que des seuils plus élevés auraient eu sur le nombre d'opérations notifiées, il n'y est nullement fait mention d'une augmentation des concentrations d'entreprises susceptibles de réduire substantiellement la concurrence sans pour autant atteindre les seuils de chiffres d'affaires actuels.
12. Dans le cadre de la présente consultation, une étude historique similaire identifiant les concentrations d'entreprises jouant un rôle important qui auraient échappé au contrôle de l'Autorité au cours des dernières années apporterait grandement au débat. L'on peut relever que la consultation ne fait état d'aucune concentration récente qui aurait échappé au contrôle actuel mais aurait pu être attrait par les mécanismes envisagés.
13. En l'état des réflexions, nous considérons que la modification du cadre juridique actuel encadrant le contrôle des concentrations en France n'apparaît donc pas nécessaire et s'opposerait à l'objectif de simplification des procédures administratives.

II. La création d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité et l'introduction d'un nouveau seuil de pouvoir de marché ne sont pas souhaitables

a. La création d'un pouvoir d'évocation

14. A titre liminaire, il existe aujourd'hui un pouvoir d'évocation, prévu à l'article L. 430-7-1 du code de commerce, qui appartient au Ministre de l'Economie qui peut, sans condition mais à la suite d'une décision de l'Autorité, évoquer l'affaire et statuer pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, tels que le développement industriel, la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.
15. La première option soumise à consultation, consistant à laisser à l'Autorité la possibilité d'imposer la notification d'une opération remplissant un seuil cumulé de chiffre d'affaires et menaçant d'affecter de manière significative la concurrence en France, est donc une proposition tout à fait différente, voire presque opposée, qui risque de poser des problèmes d'articulation entre deux pouvoirs d'évocation très différents.

⁵ Projet de loi n°481 de simplification de la vie économique, article 8, transmis à l'Assemblée Nationale par le Sénat le 23 octobre 2024.

⁶ Etude d'impact du Projet de loi de simplification de la vie économique, 23 avril 2024, disponible ici https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/etudes-d-impact-des-lois/ei_art_39_2024/ei_ecom24093771_cm_24.04.2024.pdf, p. 130/131.

16. L'on se plaît à imaginer, en effet, le cas d'une concentration non notifiable, d'abord évoquée par l'Autorité dans l'objectif d'assurer le maintien de la concurrence, puis, après la décision de l'Autorité, à nouveau évoquée, cette fois par le Ministre de l'Economie, afin de préserver la compétitivité ou le développement industriel. Une concentration initialement non notifiable pourrait ainsi faire l'objet de plusieurs revues au titre de pouvoirs d'évocation divers.
17. Ainsi, sur le principe, nous sommes d'avis que multiplier les pouvoirs d'évocation n'est pas souhaitable.
18. Sur le fond, le mécanisme proposé non seulement ne semble pas répondre aux préoccupations de l'Autorité, mais reviendrait en outre à recréer un régime complet de notifications facultatives tel qu'il existait avant 2001, alourdissant les démarches administratives des entreprises et la charge de travail des services d'instruction. En effet, si l'Autorité indique que le mécanisme serait ciblé et encadré dans le temps, les conditions et le délai envisagés appellent plusieurs remarques.
19. *Premièrement*, les opérations susceptibles d'être évoquées devraient franchir un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France, qui pourrait donc être franchi notamment par le seul chiffre d'affaires de l'acquéreur, sans (ou le cas échéant avec très peu de) chiffre d'affaires réalisé par la cible en France.
20. Le recours à un seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties serait donc très peu discriminant, et qualifierait de très nombreuses concentrations. En réalité, un nombre important d'entreprises verraient alors toutes leurs opérations soumises au risque d'évocation.
21. Toutes ces entreprises se trouveraient alors exactement dans la situation antérieure à 2001, où l'entreprise devait faire un choix entre notifier volontairement ou s'exposer à un risque d'évocation pouvant se produire à tout moment avant, pendant ou après la réalisation de la concentration.
22. Dans la mesure où l'évocation peut en tant que telle mettre en danger une transaction, par exemple si elle se produit à quelques jours du *closing*, ou encore mettre les parties dans une situation très inconfortable si elle se produit après le *closing* à un moment où les parties ne peuvent plus revenir en arrière quelles que soient les résultats du contrôle, des parties correctement conseillées feront le plus souvent le choix de notifier pour, simplement, échapper au risque d'évocation. On peut aussi penser, par exemple, que les vendeurs imposeront la notification aux acquéreurs, pour la même raison. Il est donc très probable qu'il y aurait un nombre significatif de notifications, et non quelques notifications isolées, si ce régime était créé.
23. En tout état de cause, l'Autorité n'aurait pas prise sur cette décision des parties de notifier pour se protéger contre le risque d'évocation. L'Autorité pourrait certes émettre des Lignes Directrices pour préciser les cas de possible évocation, mais cela revient pour l'Autorité à réduire de fait ses propres capacités d'évocation, ce qui est contradictoire avec la philosophie même de l'évocation.
24. De plus, la notion de « menace d'affectation significative de la concurrence » existe déjà, et elle n'a jamais pu être définie avec précision, de sorte qu'elle est toujours restée assez

incertaine. En outre, cette notion étant déjà utilisée dans d'autres contextes, il existerait un risque d'application divergente de la même notion.

25. Il en résulte que l'Autorité serait démunie pour limiter de telles notifications « de sécurité » à un nombre très faible, et se trouverait en réalité face à un régime très largement similaire au régime antérieur à la Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques de 2001. On rappelle que l'une des raisons de l'abandon de ce régime ancien était son caractère peu prévisible.
26. C'est donc un régime entier de notifications supplémentaires qui serait créé, et l'Autorité n'aurait pas les moyens de limiter ce nombre à quelques unités.
27. L'alourdissement de la charge administrative serait ainsi important, tant pour les entreprises que pour l'Autorité.
28. Enfin, il n'est pas même certain qu'un tel seuil aurait permis de capturer les deux seules opérations renvoyées par l'Autorité à la Commission dans le cadre de l'interprétation extensive de l'article 22. En effet, la recherche d'informations publiques sur les opérations *Illumina/Grail* et *Qualcomm/Autotalks* ne permet pas de conclure avec certitude quant au fait que les critères de franchissement d'un seuil de chiffre d'affaires cumulé et d'existence d'une « menace d'affectation significative de la concurrence » auraient été remplis en France (pour des valeurs raisonnables du seuil de chiffre d'affaires cumulé), les différentes sources faisant uniquement état de « présence commerciale » des cibles en France.
29. Deuxièmement, le débat sur le contrôle des acquisitions de cibles sans (ou avec peu de) chiffre d'affaires mais avec un rôle concurrentiel important n'a d'intérêt que s'il existe une méthode claire et objective d'analyse des concentrations de ce type.
30. Or les méthodes d'analyse existantes, que ce soit des marchés pertinents, des effets unilatéraux et coordonnés, ou encore du pouvoir de marché, se fondent quasiment toutes sur des analyses de ventes et d'achats et des analyses de comportements de clients ou de fournisseurs, qui supposent des chiffres d'affaires.
31. Ainsi, l'absence de chiffre d'affaires signifie l'absence de clients, en grande partie l'absence de fournisseurs, voire potentiellement l'absence de produit déjà commercialisable, ainsi que l'absence de visibilité sur une éventuelle commercialisation future, sans parler évidemment de son succès ou de son échec. En bref, il n'existe pas d'outil fiable permettant aujourd'hui d'analyser de manière objective l'état futur des « marchés » - qui parfois n'existent même pas encore - dans de telles circonstances.
32. S'il est vrai qu'il existe aujourd'hui une certaine pratique d'analyse des concentrations affectant la R&D, cette catégorie ne recoupe qu'une petite partie des opérations qui pourraient être concernées par ce régime, et même s'agissant de ce type d'analyse de R&D, les méthodes employées sont à l'évidence plus spéculatives et moins fiables que les méthodes utilisées pour les concentrations « normales ».
33. Ainsi, il nous semble que l'objectif même de contrôler des acquisitions de cibles sans chiffre d'affaires, ou avec de faibles chiffres d'affaires, manque de justification dans la mesure où l'analyse de telles opérations présenterait un caractère trop subjectif pour satisfaire les critères de bonnes pratiques économiques et de sécurité juridique. A cet égard, la CJUE a d'ailleurs rappelé dans l'arrêt *Illumina/Grail* que « la détermination de la compétence des autorités

nationales de concurrence par référence à des critères liés aux chiffres d'affaires est un gage important de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises concernées qui doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme »⁷.

34. L'introduction d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité fondé sur un critère de chiffre d'affaires cumulé des parties et de « menace d'affectation significative de la concurrence » remettrait en cause la prévisibilité du droit et la sécurité juridique des entreprises. Celles-ci d'une part, rencontreraient des difficultés pour estimer de manière satisfaisante si le critère est rempli ; et, d'autre part, n'auraient aucun moyen de savoir si l'Autorité entend utiliser son pouvoir ou non, sauf à se rapprocher de l'Autorité pour notifier, élargissant ainsi de fait considérablement le champ du système de notification préalable.

b. L'introduction d'un nouveau seuil de pouvoir de marché

35. La deuxième option considérée par l'Autorité consiste à introduire un nouveau seuil de notification fondé sur la constatation antérieure d'un certain pouvoir de marché.
36. *Premièrement*, ce nouveau critère apparaît disproportionné et difficile à mettre en œuvre en pratique. Au demeurant, un tel critère n'aurait pas permis à l'Autorité de revoir l'opération *Illumina/Grail*, l'une des deux seules opérations renvoyées par l'Autorité au titre de l'article 22 entre 2020 et 2024, aucune de ces deux entreprises n'ayant à notre connaissance fait l'objet d'une décision préalable de l'Autorité ou de la Commission constatant un pouvoir de marché. Ce seuil aurait peut-être permis la revue de l'opération *Qualcomm/Autotalks*, en appliquant un critère temporel très large. Néanmoins, la pertinence d'un contrôle de cette opération par l'Autorité n'est pas évidente, dans la mesure où seule la Commission – et non l'Autorité – avait déjà constaté le pouvoir de marché de Qualcomm.
37. *Deuxièmement*, l'analyse concurrentielle en contrôle des concentrations est par nature une analyse prospective, qui vise à déterminer l'effet d'une concentration sur l'évolution future des marchés concernés. Ainsi, l'on ne peut que s'interroger sur la pertinence de s'appuyer sur des décisions passées, en particulier rendues en matière contentieuse (dont le délai moyen d'instruction est de près de deux ans)⁸, pour imposer une nouvelle obligation de notification.
38. S'agissant des décisions d'engagements en matière contentieuse, il nous semble qu'imposer aux entreprises ayant pris des engagements de notifier toutes leurs acquisitions futures, alors que l'Autorité a accepté des engagements de nature à mettre fin de façon pérenne à ses préoccupations de concurrence, ne peut se concevoir sauf à remettre en cause la pertinence des engagements acceptés.
39. *Troisièmement*, la plupart des entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché ne disposent pas d'un tel pouvoir sur tous les marchés sur lesquels elles sont actives. Il apparaît donc largement disproportionné, tant pour les entreprises que pour les services d'instruction de l'Autorité, d'imposer aux entreprises disposant d'un pouvoir de marché de notifier tous leurs futurs projets d'acquisition.

⁷ Arrêt *Illumina/Grail* précité, para. 209.

⁸ [Annexe du rapport annuel de l'Autorité pour 2023](#), page 13.

40. Bien que le projet de consultation envisage de cibler le contrôle sur le territoire national, il nous semble que ceci présente plusieurs difficultés pratiques, par exemple comment établir avec certitude qu'une cible qui ne réalise pas encore de chiffre d'affaires est active sur le territoire national ? Ou encore, comment déterminer si l'acquisition d'une cible active hors de France sur un marché de dimension régionale ou mondiale – incluant la France – doit être notifiée à l'Autorité ?
41. De même, un éventuel ciblage du contrôle sur les seuls marchés concernés par les précédents ayant constaté un pouvoir de marché, n'est pas si simple en pratique. Cela suppose en premier lieu d'identifier, parmi les marchés considérés dans les précédents, quel marché a soulevé des problèmes de concurrence sanctionnés ou résolus par des engagements. En second lieu, il faut déterminer si l'autre partie est active sur ce même marché, ce qui n'a rien d'évident s'agissant de cibles avec peu ou pas de chiffre d'affaires. En troisième lieu, pour être complet, il faudrait sans doute également se poser la question des éventuels marchés présentant des liens verticaux et congloméraux avec le marché sur lequel un pouvoir de marché a été constaté. A nouveau, ceci n'a rien d'évident s'agissant de cibles avec peu ou pas de chiffres d'affaires sur des « marchés » naissants voire encore inexistantes et, en outre, revient à effectuer une évaluation complexe au stade de l'analyse de notifiabilité, en contradiction avec les objectifs de prévisibilité du droit et de sécurité juridique des entreprises.
42. *Quatrièmement*, le critère de l'existence préalable de décisions d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations laisse également dubitatif. En effet, le pouvoir de marché résultant d'une concentration s'apprécie au regard du pouvoir de marché cumulé des parties, qui disparaît – ou du moins, devient acceptable – à la suite d'une décision d'autorisation avec engagements. Il semble donc tout à fait disproportionné, voire injustifié, d'imposer aux entreprises ayant soumis des engagements ou vu leur transaction interdite de notifier toutes leurs acquisitions futures sauf, là encore, à remettre en cause la pertinence des engagements acceptés.
43. Qui plus est, si des engagements ont été mis en œuvre, ils ont corrigé le problème de concurrence. Comment alors justifier l'imposition d'un risque d'évocation futur à l'entreprise pour ses prochaines acquisitions ?
44. Cette contrainte nouvelle serait encore moins justifiable dans le cas d'une interdiction : en cas d'interdiction, les entreprises sont après l'interdiction dans la même situation que celle dans laquelle elles étaient avant leur projet. Néanmoins on se mettrait à les soumettre au risque d'évocation alors qu'on ne le faisait pas avant. Cela revient à traiter différemment des situations semblables, ce qui constitue en droit une discrimination.
45. De plus, les difficultés pratiques seraient innombrables : comment traiter par exemple les groupes de sociétés, les joint-ventures ? Les sociétés contrôlées par un actionnaire minoritaire ? Sauf à créer des règles arbitraires qui ne seraient ni justes ni efficaces, il y a fort à parier que le nombre de notifications générées par un tel système serait en réalité très important.
46. Enfin, à titre d'illustration du point précédent, les décisions de l'Autorité avec engagements sur les cinq dernières années concernent majoritairement des marchés locaux, notamment dans le commerce de détail. L'option envisagée par l'Autorité impliquerait donc que tous les acteurs du commerce de détail qui ont acquis des magasins sous réserve d'engagements devraient être

soumis au risque d'évocation, et donc probablement notifier, pour toutes leurs opérations futures, qu'il s'agisse d'un ou mille magasins. Cela conduirait à alourdir la charge administrative des acteurs locaux présents sur le territoire de longue date et à engorger les services d'instruction.

III. La mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles n'est envisageable qu'à titre tout à fait exceptionnel... pour répondre à une situation elle-même tout aussi exceptionnelle

47. Si l'arrêt *Towercast* de la CJUE a reconnu aux autorités nationales de concurrence le droit d'appliquer l'article 102 du TFUE aux opérations de concentration sous les seuils⁹, il est néanmoins clair que les conditions d'emploi de ce nouvel instrument sont restrictives, comme cela a d'ailleurs été souligné publiquement¹⁰.
48. L'Autorité s'est d'ailleurs inscrite dans ce cadre restrictif en tirant d'abord la conclusion logique qu'une concentration non notifiable peut également être analysée au regard de l'article 101 (et non seulement l'article 102)¹¹, tout en restreignant ensuite l'application de l'article 101 à des cas qui sont de fait exceptionnels.
49. En effet, la décision n° 24-D-05, seule décision publiée par l'Autorité à ce jour appliquant le droit des pratiques anticoncurrentielles à des opérations de concentration, a défini un standard de preuve très élevé pour ce faire. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler le paragraphe 160, selon lequel les accords étudiés en l'espèce constituent « *des mesures de nature structurelle impliquant un transfert définitif des actifs faisant l'objet de l'accord et, par conséquent, des risques afférents à leur exploitation* » et qui, à ce titre « *diffèrent substantiellement d'accords anticoncurrentiels de nature comportementale qui se substituent au jeu normal de la concurrence et qui, généralement, revêtent un caractère secret et sont assortis de mécanismes de surveillance* ».
50. Nous avons à l'époque loué l'approche de l'Autorité, appliquant formellement le droit tout en prenant soin de tracer des limites claires afin de ne pas déstabiliser le marché M&A¹². Il ne nous semble pas que l'arrêt *Illumina/Grail*, tranchant une question tout à fait différente, à savoir, l'impossibilité pour les Etats membres de renvoyer des concentrations sous les seuils nationaux à la Commission au titre de l'article 22, justifie de remettre en cause cette approche restrictive.
51. Conformément à l'arrêt *Towercast*, le droit des pratiques anticoncurrentielles peut permettre de contrôler des opérations sous les seuils constitutives d'abus de position dominante ou d'ententes anticoncurrentielles si – et uniquement si – les conditions prévues par les articles

⁹ Cour de justice de l'Union européenne, *Towercast*, C-449/21, 16 mars 2023.

¹⁰ Article d'Option Droit & Affaires du 2 novembre 2023 précité.

¹¹ Décision n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

¹² Article du 26 juillet 2024, <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/knowledge/briefing/2024/07/lauteurite-souhaite-t-elle-vraiment-apprehender-des-operations-de-concentration-sous-les-seuils-sous-langle-du-droit-des-ententes/>.

101 et 102 (ainsi que L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce) sont remplies¹³. Néanmoins, et c'est ce qu'illustre la décision n° 24-D-05, ces cas sont extrêmement rares.

52. Et à notre sens, ces cas doivent rester extrêmement rares, sauf à dévoyer le droit des pratiques anticoncurrentielles, qui n'a pas pour objectif de contrôler des opérations non notifiables faute de *local nexus* sous prétexte que la cible serait susceptible de jouer un rôle concurrentiel important, alors que les entreprises n'ont adopté aucun comportement répréhensible.
53. La rareté de cette mise en œuvre se justifie aussi pleinement par le degré de perturbation intense qu'une telle procédure crée pour des entreprises qui, rappelons-le, n'ont pas mis en œuvre de pratique illicite, ainsi que par la charge qu'elle représente pour les services de l'Autorité.
54. Toutefois, la rareté et le caractère exceptionnel d'une telle procédure ne nous paraissent pas constituer en soi des inconvénients, dès lors qu'il s'agit de réagir à une situation de marché (concentration qui porte atteinte à la concurrence sans atteindre les seuils) elle aussi très rare et exceptionnelle.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'expression de nos salutations distinguées.

Alice Cabourdin

Charlotte Colin-Dubuisson

Jérôme Philippe

¹³ A cet égard, l'arrêt Towercast de la CJUE précité, précise au para. 52 (soulignement ajouté) : « *Il s'ensuit qu'une opération de concentration n'atteignant pas les seuils de contrôle préalable prévus respectivement par le règlement no 139/2004 et par le droit national applicable peut se voir appliquer l'article 102 TFUE lorsque sont réunies les conditions prévues à cet article pour établir l'existence d'un abus de position dominante. Il appartient notamment à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché* ».

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

Réponse d'IBM

IBM apprécie l'opportunité qui lui est offerte par la consultation publique de l'Autorité de la concurrence (« **AdIC** ») de présenter son point de vue sur les changements envisagés des règles françaises en matière de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification.

Ces dernières années, les obligations réglementaires applicables aux opérations de fusion et d'acquisition se sont multipliées. La Commission européenne (la « **Commission** ») a introduit une nouvelle interprétation de l'article 22 du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le « **Règlement sur les concentrations** ») et cherche aujourd'hui de nouvelles options suite à l'annulation de cette nouvelle approche par la Cour de justice de l'Union européenne (« **CJUE** »), après seulement quelques années d'application. Les mécanismes de contrôle des investissements directs étrangers se sont multipliés dans toute l'Europe – et au-delà. Enfin, le nouveau règlement européen relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (« **FSR** ») est venu rajouter un niveau de contrôle supplémentaire.

IBM salue les efforts constants de l'AdIC pour préserver la concurrence, l'innovation et le bien-être des consommateurs. Toutefois, IBM considère en l'espèce qu'un nouvel alourdissement de la charge réglementaire pesant sur les entreprises n'est pas une solution appropriée.

IBM note que la nécessité d'un cadre plus prévisible et plus favorable aux entreprises pour l'application du droit de la concurrence a été largement reconnue par les autorités de concurrence au niveau international. La Commission a récemment souligné dans sa « boussole pour la compétitivité » que « *la simplification de l'environnement réglementaire, la réduction de la charge administrative et la promotion de la rapidité et de la flexibilité* » sont des facteurs-clés de la compétitivité européenne.

De même, dans le récent document d'orientation stratégique ('Strategic Steer') de l'autorité de concurrence du Royaume Uni (« **CMA** »), le gouvernement britannique relève que « *dans ses échanges avec les entreprises la CMA devrait être proactive, transparente, opportune, prévisible et réactive* ». En effet, comme l'a souligné la directrice générale de la CMA : « *la prévisibilité est la clé de la confiance des investisseurs* ». Elle note également que le Royaume-Uni se réserve « *un champ de compétence inhabituellement large comparé au reste du monde* », ce qui peut « *créer une incertitude quant à savoir si l'autorité de concurrence examinera ou non une transaction* » ; des initiatives visant à limiter certains aspects de cette compétence devraient ainsi être adoptées.

Il serait étrange que l'AdIC prenne la direction exactement opposée à celle de la Commission et de son voisin anglais. L'Option 1 présentée dans le document de consultation, à savoir l'introduction d'un dispositif d'évocation, par l'AdIC, d'une opération de concentration sous les seuils de contrôle prévus par l'article L. 430-2 du code de commerce, et l'Option 2, à savoir la création d'une nouvelle obligation de notification basée sur des décisions antérieures de l'AdIC ou de la Commission, iraient à l'encontre des objectifs de simplicité, de rapidité et de sécurité juridique précédemment rappelés. Ces options alourdiraient la charge réglementaire pesant sur les parties et augmenteraient aussi bien la durée de la procédure que le degré d'incertitude pour les investisseurs comme pour leurs cibles.

Plus précisément, les **Options 1 et 2 ne prévoient pas de garanties suffisantes pour limiter les obligations envisagées aux transactions ayant un effet au niveau national.**

Les principes directeurs du Réseau international de la concurrence (RIC) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), fondés sur les concepts de courtoisie, d'équité et de souveraineté qui prévalent en droit international, exigent que tout exercice de la compétence soit fondé sur un lien substantiel entre la transaction envisagée et le territoire en cause. Bien que la proposition de l'AdIC reconnaisse cette exigence, les Options 1 et 2 n'offrent pas de garanties suffisantes à cet égard.

L'Option 1 prévoit un seuil de chiffre d'affaires cumulé pour les parties en France. Cela ne garantit toutefois pas que la transaction elle-même ait un lien avec le territoire français, car ce seuil pourrait être

atteint par l'acquéreur seul. De même, l'exigence selon laquelle l'opération doit "*menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire français*" est insuffisante pour garantir la sécurité juridique et ne peut, en soi, écarter le risque d'une interprétation extensive de la compétence juridictionnelle.

L'Option 2 prévoit un lien entre l'opération de concentration et le territoire français, mais ne fournit aucune indication claire sur la manière dont ce critère serait apprécié en pratique et sur les éléments qui seraient pris en compte pour éviter que l'AdIC n'excède son champ territorial.

L'option 1 est disproportionnée.

IBM relève que dans l'affaire *Illumina*, même si elle concerne le Règlement sur les concentrations et non les règles françaises, la CJUE a rappelé de manière générale "*l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration*" (§ 206 de l'arrêt). Ces principes devraient également s'appliquer aux parties à une opération soumise au contrôle des concentrations en France. La mise en place artificielle de pouvoirs d'évocation au sein des États membres, permettant aux autorités nationales soit de renvoyer l'examen de l'affaire à la Commission sur le fondement de l'article 22 du Règlement sur les concentrations, soit d'examiner elles-mêmes les opérations, sans tenir compte du besoin de sécurité juridique des parties, irait à l'encontre de la jurisprudence de la CJUE.

Si la possibilité de consulter l'AdIC offre en théorie aux parties plus d'informations quant à la possibilité que leur opération soit évoquée, elle ne résout pas les difficultés liées à la planification du calendrier et la préparation des documents contractuels, et alourdit encore une fois la charge réglementaire pesant sur les parties .

L'option 2 est trop large.

L'option 2 revient à établir une présomption selon laquelle toute opération de concentration mettant en jeu une partie qui a déjà été sanctionnée ou a accepté des engagements sur le fondement du droit de la concurrence serait plus susceptible de produire des effets anticoncurrentiels. Cette option s'écarte nettement de la jurisprudence de la CJUE, qui préconise une application du droit de la concurrence fondée sur les effets et non sur des présomptions irréfragables.

Il en résulterait en outre une augmentation significative du nombre de notifications, sans que l'intervention de l'AdIC ne puisse être ciblée sur les cas réellement problématiques – ce qui risque d'aboutir à un gaspillage des ressources de l'AdIC, sans lui permettre de concentrer ses efforts sur le nombre limité d'opérations susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence.

Enfin, il serait redondant d'imposer des obligations supplémentaires aux entreprises qui ont déjà fait l'objet de décisions défavorables en matière de concurrence. Les engagements convenus avec les autorités de concurrence - que ce soit dans le cadre d'une procédure de concentration ou d'une procédure fondée sur les articles L.420-1 ou L.420-2 du Code de commerce ou équivalent - éliminent *par définition* les problèmes de concurrence qui ont pu être identifiés. De même, l'interdiction d'une concentration permet par principe d'éviter l'émergence d'une entreprise susceptible de se comporter d'une manière préjudiciable à la concurrence. Il n'est donc pas nécessaire d'exiger une notification pour toute entreprise ayant été confrontée à une telle issue à la suite d'une procédure de l'AdIC ou de la Commission.

Au contraire, **l'Option 3**, qui repose sur la capacité existante de l'AdIC d'appliquer le droit de la concurrence à la suite de la mise en œuvre d'une concentration, en ce compris la possibilité d'ordonner la dissolution de la concentration sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce si celle-ci résulte en un abus de position dominante, **reflète un juste équilibre entre le besoin de sécurité juridique et l'application nécessaire du droit de la concurrence.**

En particulier, l'Option 3 permet à l'AdIC de cibler stratégiquement les concentrations ayant des effets négatifs sur la concurrence. Il s'agit donc du meilleur outil pour garantir une application proportionnée et appropriée du droit de la concurrence. Elle évite par ailleurs d'imposer de nouvelles obligations réglementaires aux parties et, partant, d'entraver la compétitivité des entreprises européennes. En outre, cette option est conforme à la jurisprudence de la CJUE, puisque sa base juridique a été affirmée

par la plus haute juridiction. En effet, dans l'arrêt *Towercast*, la CJUE a confirmé que l'AdIC, et les autres autorités nationales de concurrence, peuvent utiliser les articles 101 et 102 TFUE à la suite de la mise en œuvre d'une opération de concentration. Pour préserver la sécurité juridique des entreprises, il semble essentiel d'éviter l'adoption d'une modification législative qui pourrait devoir être abrogée dans quelques années à la suite d'une décision contraire des juridictions européennes.

IBM note également qu'étant donné la possibilité, pour l'AdIC, d'appliquer le droit de la concurrence à toute concentration si elle génère des effets négatifs sur le marché, des pouvoirs supplémentaires **seraient inutiles et feraient double emploi.**

Pour toutes ces raisons, IBM considère que les outils dont l'AdIC dispose actuellement sont suffisants et invite l'AdIC à abandonner les Options 1 et 2 au profit de l'Option 3.

Comité concurrence de la Chambre de Commerce Internationale en France (ICC France)

Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence 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

Introduction

1. L'Autorité de la concurrence (ci-après « **l'Autorité** ») a ouvert le 14 janvier 2025 une consultation publique sur les modalités d'instruction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur (ci-après la « **Consultation** »).
2. Le Comité concurrence de la Chambre de Commerce Internationale en France (ci-après « **ICC France** ») salue la volonté de l'Autorité de consulter les différentes parties prenantes sur ce sujet d'importance capitale pour la sécurité juridique des entreprises, cette préoccupation étant au cœur de la présente contribution.
3. Les entreprises ne sont pas en mesure de notifier leur opération de concentration sous les seuils et, depuis que l'Autorité peut envisager de réprimer de telles opérations pour entente ou abus de position dominante, elles doivent auto-évaluer la situation, actuellement sans indication claire, ce qui est source d'insécurité juridique. En effet, les opérations de M&A nécessitent une telle prévisibilité et une telle sécurité juridique pour répondre aux attentes légitimes des parties. Le vendeur doit pouvoir être certain qu'une fois qu'il a touché le prix de la vente d'une activité ou d'une filiale, il puisse utiliser ces fonds pour d'autres projets sans avoir à rendre ou provisionner tout ou partie du montant de la transaction. De la même façon, l'acquéreur doit pouvoir créer des synergies commerciales avec la cible qu'il a acquise dès le *closing* sans risque d'une éventuelle remise en question de l'acquisition *a posteriori* pouvant aller jusqu'à une remise à l'état antérieur.
4. Par ailleurs, le besoin de prévisibilité dans la prise de décisions des autorités de concurrence est cité non seulement dans le récent rapport Draghi¹, mais aussi dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « **CJUE** ») qui a rappelé dans sa décision *Illumina/Grail* que : « **La détermination de la compétence des autorités nationales de concurrence par référence à des critères liés aux chiffres d'affaires est un gage important de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises concernées qui doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme, notamment en ce qui concerne la langue et le contenu des informations requises, elles doivent saisir celle-ci lorsqu'elles s'engagent dans une opération de concentration** »².
5. Toutefois, ICC France estime que l'introduction d'un nouveau moyen d'intervention de l'Autorité sur les concentrations sous les seuils au travers d'un nouveau pouvoir

¹ Rapport de Mario Draghi sur la compétitivité européenne, Partie B, Section 2, Chapitre 4, p.304.

² CJUE, *Illumina/GRAIL*, aff. jointes C-611/22 P et C-625/22 P, 3 septembre 2024, para. 209 (surlignement ajouté).

d'évocation (ci-après « **Option 1** ») ou de nouvelles conditions de notification (ci-après « **Option 2** ») est une réponse inadaptée et n'est pas souhaitable pour les raisons détaillées ci-dessous (**Section 1**). Ces options sont par ailleurs susceptibles d'avoir un impact sur tous les secteurs d'activité alors qu'elles ont vocation à cibler les opérations sous les seuils dites prédatrices de certains secteurs émergents et/ ou innovants.

6. ICC France considère préférable de s'en tenir à l'état du droit existant, à savoir l'examen *ex-post* des opérations sous les seuils au titre des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après « **TFUE** », « **l'Option 3** »), mais appelle à un encadrement très strict des conditions de mise en œuvre et demande que cette approche ne soit utilisée qu'en dernier ressort (**Section 2**).

1 Options 1 & 2 : L'introduction de nouveaux outils permettant d'examiner des concentrations sous les seuils est inadaptée

1.1 Option 1 : L'introduction d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité

7. L'Autorité envisage comme première option un pouvoir d'évocation ciblé, pouvant être mis en œuvre selon certains critères. ICC France considère cependant que cette option n'est pas souhaitable pour plusieurs raisons.

1.1.1. Un pouvoir d'évocation source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité

8. L'introduction d'un événement aussi incertain qu'un pouvoir d'évocation dans les transactions ajoute de l'aléa et contraint les entreprises à prévoir des clauses d'aménagement, d'indemnité ou de garanties *post-closing*.
9. ICC France n'est donc pas favorable à l'introduction d'un tel mécanisme. S'il devait tout de même voir le jour, il serait vital qu'il soit au minimum encadré grâce à des critères de fond et de forme clairement établis.
10. Or dans sa Consultation, l'Autorité introduit l'idée selon laquelle son pouvoir d'évocation serait « *ciblé et encadré dans le temps* », et indique que seules les opérations qui franchissent (i) « *un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé* » et (ii) « *menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire* » seraient soumises à ce nouveau mécanisme.
11. ICC France relève que ces critères, définis vaguement, attribueraient un grand pouvoir discrétionnaire à l'Autorité et seraient sources d'imprévisibilité et d'insécurité juridique. Si le critère d'évocation exprimé en chiffre d'affaires est par nature prévisible (les régimes de contrôle des concentrations fondés sur des critères exprimés en seuils de chiffres d'affaires sont d'ailleurs considérés comme les plus favorables à la sécurité juridique), celui ayant trait à l'atteinte à la concurrence est à la fois imprécis et complexe à appréhender et nuit ainsi à la prévisibilité et à la sécurité juridique.
12. Plusieurs États-membres prennent en considération les conséquences de l'opération sur leur marché national avec ou sans critère de seuil de chiffre d'affaires supplémentaire. En Irlande, il suffit que l'opération soit susceptible d'affecter la concurrence sur le marché national pour que l'autorité de concurrence s'en saisisse. En Lituanie, l'activation du mécanisme d'évocation est encore plus vague car elle est conditionnée à l'impact « potentiel » des opérations sur le marché national.
13. Ces approches trop imprécises et hétérogènes ne sont pas satisfaisantes, d'autant plus que les analyses à mener pour estimer le risque d'une éventuelle évocation sont complexes.

14. S'agissant des délais applicables aux pouvoirs d'évocation des autorités nationales de concurrence (ci-après, « **ANC** »), certains pays, comme la Suède, ne prévoient aucune limite de temps pour exercer leurs pouvoirs d'évocation. Cela s'oppose aux cas de l'Italie ou du Danemark où les autorités disposent d'un délai de 6 mois après la réalisation de l'opération pour intervenir. De façon similaire en Irlande, ce délai est de 60 jours ouvrables à compter de l'annonce publique de l'opération, de la prise de connaissance de celle-ci par l'autorité locale ou, à défaut, de sa réalisation.
15. La disparité des régimes juridiques applicables accentue ainsi l'insécurité juridique pour les entreprises. Surtout, ICC note que la mise en œuvre de ces pouvoirs reste très limitée : si la Suède l'a utilisé cinq fois sur les vingt dernières années, l'Italie et la Hongrie ne l'ont à ce jour utilisé qu'une seule fois.
16. Lors de sa contribution en 2018, ICC France avait également souligné à l'Autorité que, dans plusieurs juridictions, la mise en place d'un contrôle des concentrations *ex-post* était limitée à des cas spécifiques sur lesquels des problèmes de concurrence pouvaient se poser. C'est le cas notamment de la Hongrie dont les pouvoirs d'évocation s'appliquent aux opérations sur des marchés locaux, la Lituanie qui dispose d'un mécanisme limité au secteur de la publicité en ligne et de la Suède qui ne traite que les opérations se déroulant sur des marchés très concentrés³.
17. Ces approches, hétérogènes ici aussi, démontrent qu'il n'existe pas de délai universellement reconnu comme satisfaisant. ICC France insiste évidemment pour qu'un délai raisonnable et court soit défini si un pouvoir d'évocation devait être envisagé par l'Autorité. En particulier, il conviendrait que l'acquéreur ou le vendeur aient la faculté (mais non l'obligation) d'informer l'Autorité de façon extrêmement sommaire dans un délai raisonnable avant la clôture de l'opération. Il conviendrait ensuite de limiter la possibilité pour l'Autorité d'évoquer l'affaire à un délai d'un mois après cette information, ce qui devrait éviter que l'évocation intervienne après la clôture de ladite opération.

1.1.2. Les pouvoirs d'évocation nuisent à l'harmonisation du marché unique européen

18. ICC France rappelle que les opérateurs économiques de l'Espace économique européen sont déjà soumis – en vertu des règles nationales et européennes – au contrôle des concentrations de chaque État-membre, qui, en ce qui concerne les opérations notifiables, ne fait l'objet d'aucune harmonisation. À cela s'ajoutent les 11 mécanismes d'évocation nationaux hétérogènes déjà en vigueur.
19. Ces différents pouvoirs d'évocation ont pour conséquences d'alourdir les besoins d'analyses des entreprises en amont des transactions, d'allonger les délais nécessaires en multipliant de potentiels échanges informels avec les autorités de concurrence de chaque État et de procéder à des notifications séparées, source de complexité et d'accroissement de la charge réglementaire pour les entreprises concernées.
20. Le dialogue avec les ANC est souvent encouragé par la faculté de les consulter sur une opération en dessous des seuils de notification et susceptible, le cas échéant, d'évocation.
21. ICC France observe qu'un pouvoir d'évocation peut avoir un effet d'encombrement et requiert des ressources importantes pour les ANC. Par exemple, en Italie, le pouvoir d'évocation de l'autorité de concurrence italienne (AGCM) a eu pour conséquence en

³ ICC France, Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post*, 1^{er} octobre 2018, §§50-51.

pratique que de nombreuses entreprises ont pris le parti de notifier volontairement les opérations sous les seuils de contrôle des concentrations par simple précaution et souci de sécurité juridique, même lorsqu'elles ne présentent aucun problème en droit de la concurrence, ce qui alourdit *in fine* la charge réglementaire pour les entreprises concernées.

22. La multiplication de procédures parallèles dans tous les États-membres dotés d'un pouvoir d'évocation nuirait en tout état de cause à l'harmonisation du marché unique européen, dont le but est précisément de centraliser et décomplexifier les procédures et réglementations auxquelles sont soumises les entreprises opérant dans l'UE.

1.1.3. Le cumul d'un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité et de sa faculté à contrôler *ex-post* des concentrations sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles

23. L'arrêt *Towercast*⁴ de la CJUE a reconnu la possibilité aux ANC de sanctionner les opérations de concentration après leur réalisation sous l'angle de l'article 102 du TFUE lorsqu'elles sont constitutives d'une pratique anticoncurrentielle. L'Autorité a d'ailleurs appliqué l'approche retenue dans cet arrêt dans une hypothèse d'une possible entente anticoncurrentielle sur le fondement de l'article 101 du TFUE, en rendant une décision de non-lieu en date du 2 mai 2024⁵ (ci-après, « **l'Affaire Équarrissage** »). L'Autorité entend continuer d'utiliser cette nouvelle prérogative pour contrôler *ex-post* les concentrations sous les seuils (voir **Section 2**).
24. Si l'Autorité décidait de retenir l'Option 1, ce nouveau mécanisme s'ajouterait à la possibilité de contrôler des opérations de concentration susceptibles de soulever des problèmes de concurrence sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles postérieurement à leur réalisation. C'est la raison pour laquelle l'encadrement de l'Option 1 dans un certain délai serait insuffisant en ce que privé de portée effective pour les entreprises. Cette double atteinte à la sécurité juridique des entreprises ne paraît ni proportionnée, ni nécessaire, l'Autorité disposant déjà de moyens permettant de contrôler *ex-post* des opérations qui sous sont les seuils actuels de notification.
25. En tout état de cause, si l'Option 1 devait être retenue, ICC France souhaiterait que l'Autorité précise qu'une opération autorisée après utilisation de son pouvoir d'évocation ne pourra pas donner lieu à un examen de la même opération sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles afin que les entreprises ne soient pas soumises au même contrôle à deux reprises.
26. En outre, si l'Option 1 devait être retenue, en vue de faciliter l'anticipation des risques, ICC France recommanderait à l'Autorité de mettre en place des seuils de chiffre d'affaires cumulés et individuels en France afin de veiller à garantir un lien suffisant avec le pays et éviter l'évocation d'opérations où les entreprises concernées ne réaliseraient qu'un chiffre d'affaires minime sur le territoire français. Ces seuils pourraient par exemple être significatifs pour l'acquéreur mais significativement plus bas pour la cible afin de couvrir l'hypothèse d'acquisition de nouvelles entreprises au chiffre d'affaires encore limité.
27. Par ailleurs, un critère d'atteinte à la concurrence devrait être ajouté à ces critères quantitatifs ainsi qu'un seuil de menace qui permettrait de définir un cadre précis et ainsi limiter le champ de l'action de l'Autorité. ICC France inviterait également l'Autorité à

⁴ CJUE, *Towercast SASU/Autorité de la concurrence*, aff. C-449/21, 16 mars 2023.

⁵ Décision n°24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

s'inspirer des régimes des autres Etats-membres de l'EEE qui ont intégré des scénarios préétablis et qui ont délimité strictement leur champ d'action dans des délais limités.

1.1.4. Remarques conclusives sur l'Option 1

28. ICC France conclut que l'instauration d'un pouvoir d'évocation serait inadaptée aux objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique dont l'Autorité doit tenir compte dans l'élaboration de ses moyens d'interventions.
29. Par conséquent, ICC France considère que l'adoption de l'Option 1 n'est pas souhaitable. A toutes fins utiles, si l'Autorité insiste pour introduire un pouvoir d'évocation en droit français, ICC France considère que ce dernier devra être encadré de manière très stricte. A ce sujet, ICC France émet des recommandations spécifiques à l'Option 1, reprises au sein de la section 3 ci-dessous.

1.2 Option 2 : La création d'une catégorie spécifique d'entreprises soumises à une obligation de notification

30. L'Autorité envisage une Option 2 dans laquelle des entreprises seraient désignées sur la base de décisions précédentes (i) d'interdictions ou d'autorisations avec engagements en contrôle des concentrations, (ii) de sanctions et d'engagements en matière d'abus de position dominante ou (iii) lorsqu'une partie à l'opération a été désignée contrôleur d'accès au sens du Digital Markets Act (ci-après, « **DMA** ») par la Commission européenne (ci-après, la « **Commission** », « **Décision(s)** »).
31. Selon ICC France, cette option se heurterait à des obstacles juridiques et pratiques importants. Il n'est donc pas non plus souhaitable que l'Autorité l'adopte.

1.2.1. Les problématiques liées à chacun des critères envisagés dans l'Option 2

32. ICC France s'interroge sur la mise en œuvre de ces critères qui soulèvent chacun plusieurs inconvénients.

a. La nomination basée sur des décisions d'interdictions ou d'autorisations avec engagements en contrôle des concentrations (critère n°1)

33. ICC France relève tout d'abord que le manque de souplesse inhérent à ce critère pourrait amener à prendre en compte des concentrations entre entreprises n'opérant pas sur le même marché ni sur des marchés amont, aval ou connexes, pour la simple raison qu'une précédente opération – conduisant à des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux – a été interdite ou autorisée sous conditions. Cela conduirait à allouer une partie des moyens humains et financiers de l'Autorité à des concentrations qui ne soulèvent aucun problème de concurrence.
34. À titre purement illustratif, si FNAC/Darty – qui a dû prendre des engagements dans le cadre de son opération de concentration en 2016 – venait à acquérir une entreprise active dans le secteur des transports et que l'opération n'atteignait pas les seuils de notification applicables, FNAC/Darty devrait obligatoirement notifier cette opération à l'Autorité malgré l'absence de tous chevauchements horizontaux ou verticaux et même d'effets congloméraux.
35. Pour les fonds d'investissement, qui réalisent un volume important d'opérations, cette exigence de notification liée à des engagements antérieurs représenterait une contrainte majeure. La diversité de leurs participations, conjuguée à la fréquence de leurs acquisitions, multiplie le risque de déclencher des notifications automatiques, même

pour des opérations sans lien avec les marchés initialement concernés par une décision d'engagements antérieure. Cette complexité administrative disproportionnée risquerait à la fois de pénaliser leur activité mais aussi de saturer les services de l'Autorité.

36. ICC France considère également que choisir un tel critère ne permettrait pas d'examiner les opérations posant de réelles problématiques de concurrence pour peu qu'elles concernent des entreprises n'ayant jamais fait l'objet d'une décision d'engagements ou d'interdiction de l'Autorité. Instaurer ce critère ne répondrait donc pas à la philosophie initiale d'élargissement des pouvoirs de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations et reviendrait à faire peser des contraintes importantes sur des entreprises de toutes tailles, sans considération des dynamiques des marchés sur lesquels elles sont actives ou du contexte dans lequel les décisions ont été rendues.

b. La nomination basée sur les décisions de sanctions ou d'engagements en matière d'abus de position dominante (critère n°2)

37. ICC considère que ce critère pose plusieurs difficultés.
38. Tout d'abord, il instaure une sorte de présomption de réitération de mauvais comportement ou de suspicion d'acquisition prédatrice pour toute entreprise qui aurait déjà été condamnée pour abus de position dominante. Il établit aussi un lien artificiel entre un comportement anticoncurrentiel passé et une stratégie d'acquisition intervenant plusieurs années plus tard. Ce critère n'apparaît donc pas légitime.
39. Ensuite, la législation Suisse dont il est inspiré est un cas isolé en Europe dès lors qu'aucune autre autorité n'a adopté un tel mécanisme. A ce titre, ICC France relève que l'autorité de la concurrence suisse, dans son évaluation générale de la loi sur les cartels, a elle-même désavoué ce mécanisme, jugé trop permissif et présentant certaines carences. Elle considère qu'il devrait être remplacé pour s'aligner sur la pratique internationale⁶.
40. Enfin, ce critère interroge sur sa pertinence dans le temps puisque, sur des marchés innovants, les positions des entreprises peuvent fluctuer rapidement. Il ne serait pas justifié de soumettre une entreprise ayant abusé de sa position dominante par le passé à une notification obligatoire si celle-ci est soumise depuis lors à une concurrence vive d'opérateurs (dont de nouveaux entrants).
41. ICC France nourrit donc de vives inquiétudes à l'idée que pareil critère soit employé, étant entendu, comme le reconnaît déjà la Consultation de l'Autorité, qu'il ne pourrait, en tout état de cause, que s'appuyer sur une Décision concernant tout ou partie du territoire français afin de ne pas contrôler des opérations mises en œuvre par des entreprises ayant abusé de leur position dominante mais n'ayant aucun lien avec la France.

c. La nomination basée sur une désignation en tant que contrôleur d'accès par la Commission (critère n°3)

42. Ce critère limiterait la désignation des entreprises à celles ayant un statut de « *contrôleurs d'accès* » en vertu du DMA. ICC France relève cependant que ces

⁶ Voir Commission de la concurrence Suisse (ci-après « **COMCO** »), Message concernant la révision partielle de la loi sur les cartels du 8 décembre 2023 et COMCO, Rapport concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier, 17 mars 2009.

entreprises ont déjà l'obligation d'informer la Commission de leurs opérations de concentration au titre de l'article 14 du Règlement.

43. Les risques concernant les concentrations sous les seuils étant déjà traités par la Commission, il serait redondant d'astreindre ces acteurs à une autre obligation de notification au niveau national et pourrait, dans le pire des scénarios, conduire à un risque de contradiction entre les décisions rendues.
44. En outre, ICC France rappelle que la décision *Illumina/Graïl* de la CJUE⁷ a souligné que les textes européens ne sauraient être utilisés dans un objectif autre que celui pour lequel ils ont été adoptés. Or, le DMA n'a pas été conçu pour permettre de contrôler des concentrations sous les seuils nationaux, même indirectement, mais pour encadrer les comportements des contrôleurs d'accès sur les marchés où ils sont actifs. À en suivre l'interprétation de la Cour, les décisions de désignation issues du DMA ne sauraient donc fonder une obligation de notification au niveau national dans le cadre de contrôles de concentrations.

1.2.2. Les problématiques inhérentes à l'Option 2

a. Le champ d'application temporel du dispositif

45. Dans sa Consultation, l'Autorité indique que la Décision doit avoir été rendue « *dans un certain délai précédant la notification formelle* ». ICC France relève, comme indiqué ci-dessus, qu'une Décision trop ancienne ne permettrait pas de prendre en compte les différentes dynamiques de marché existantes.
46. À l'inverse, prendre pour référence une Décision trop récente supposerait que soient pris en compte les délais de recours afin que la Décision soit définitive (les risques liés à l'utilisation de décisions non purgées de recours, envisagée par l'Autorité, sont développés ci-dessous).

b. L'utilisation de Décisions non purgées de tout recours

47. La prise en compte des Décisions non-purgées de recours n'est pas acceptable pour deux raisons.
48. Un tel choix priverait tout d'abord d'effet utile le droit au recours des entreprises ayant fait l'objet de Décisions. Les entreprises se verraient obligées de notifier leurs opérations à l'Autorité alors même que les analyses fondant ces Décisions pourraient être erronées.
49. En outre, en cas d'annulation de la Décision, l'Autorité encourrait le risque de voir ses décisions d'examen de concentrations privées de toute base légale. Cette situation surviendrait dans les cas où une décision d'interdiction ou d'engagements aurait été rendue par l'Autorité alors même que la Décision ayant fondé la notification de l'opération aurait été réformée ou annulée⁸.

⁷ CJUE, *Illumina/GRAIL*, aff. jointes C-611/22 P et C-625/22 P, 3 septembre 2024.

⁸ Voir par exemple l'annulation de la décision n°20-D-11 de l'Autorité de la concurrence par la Cour d'appel de Paris (Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 7, 16 février 2023, n° 20/14632).

1.2.3. Remarques conclusives sur l'Option 2

50. Au regard des obstacles juridiques et pratiques identifiés, ICC France conclut que la notification obligatoire des opérations de concentration basée sur des Décisions ne serait pas non plus souhaitable.

2 Option 3 : le contrôle *ex-post* des concentrations sous seuils au titre des articles 101 et 102 du TFUE doit rester exceptionnel et subordonné à des conditions strictes

51. L'arrêt *Towercast* de la CJUE du 16 mars 2023 a confirmé la possibilité, pour les ANC de revoir une opération de concentration qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle *ex-ante* sur le fondement de l'article 102 du TFUE. Il est à craindre que les ANC puissent se fonder non seulement sur l'article 102 du TFUE mais également sur l'article 101 du TFUE, d'applicabilité directe selon une jurisprudence constante, pour appréhender les opérations de concentration sous les seuils⁹.
52. ICC France ne conteste pas ces apports. Elle note à ce titre que l'autorité belge de la concurrence a été la première ANC à faire une application directe de la jurisprudence *Towercast*¹⁰ au titre de l'article 102 du TFUE, avant que l'Autorité l'utilise à son tour en l'étendant à l'article 101 du TFUE dans l'Affaire Equarrissage précitée.
53. L'actualité confirme que ces exemples ne sont pas isolés avec une deuxième affaire en cours devant l'Autorité au titre de l'article 101 du TFUE¹¹, et l'ouverture le 22 janvier 2025 d'une première enquête par l'autorité belge de la concurrence sur ce même fondement¹². Cette utilisation plus fréquente du contrôle *ex-post* des opérations de concentration sous les seuils au titre des articles 101 et 102 du TFUE interpelle et inquiète ICC France.
54. Au vu de ces différentes affaires, ICC France appelle à un encadrement strict et une utilisation exceptionnelle des articles 102 (2.1) et 101 du TFUE (2.2) aux concentrations sous les seuils, afin qu'il ne soit pas porté atteinte de façon disproportionnée à la sécurité juridique des entreprises, compte tenu des difficultés procédurales significatives soulevées par le recours à ces dispositions (2.3).

2.1 L'exigence d'une clarification du régime d'application de l'article 102 du TFUE aux opérations de concentration

55. **Standard de preuve** – ICC France considère que l'application de l'article 102 du TFUE à une opération de concentration sous les seuils devrait satisfaire un standard de preuve spécifique et strict. Cela suppose que l'Autorité encadre sa pratique et établisse, de manière claire et précise, une approche permettant de qualifier une opération de concentration comme constituant un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. ICC France ne peut qu'encourager l'Autorité à adopter une grille d'analyse fondée sur un standard de preuve suffisamment clair pour assurer aux entreprises une certaine sécurité juridique.

⁹ Conclusion de l'Avocate générale Kokott, 13 octobre 2022, C-449/21 *Towercast*, §32.

¹⁰ Autorité belge de la concurrence, décision du 6 novembre 2023, n°51/2023, *Proximus/EDPnet*.

¹¹ Voir Autorité, Communiqué de presse du 2 octobre 2024 : « DASRI dans les DROM : le rapporteur général indique avoir notifié un grief d'entente anticoncurrentielle concernant un accord ayant conduit à la constitution d'un monopole ».

¹² Autorité belge de la concurrence, 22 janvier 2025, Communiqué de presse n°3/2025, affaire CONC-RPR-25/2005

56. **Position dominante préexistante** – Conformément aux apports de la jurisprudence *Towercast* et de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, ICC France souhaite que l'Autorité limite son action aux situations dans lesquelles l'acquisition a lieu sur un marché sur lequel l'acquéreur est déjà en position dominante. Une approche extensive prenant en compte la détention d'une position dominante sur un marché connexe à l'opération doit être exclue.
57. **Qualification de l'abus** – Selon la jurisprudence *Towercast*, l'application de l'article 102 du TFUE aux opérations de concentration sous les seuils suppose de démontrer l'existence d'une entrave substantielle à la concurrence, qui constitue un standard plus élevé que la démonstration d'une entrave significative à une concurrence effective exigée par le Règlement Concentrations.
58. La CJUE enjoint en effet les ANC à « *vérifier que l'acquéreur est en position dominante sur le marché donné, qu'il a pris le contrôle d'une entreprise sur ce [même] marché, et, par ce comportement, a[urait] entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché* »¹³. Ce faisant, ICC France se félicite que le Président de l'Autorité, dans ses observations soumises à la Cour d'appel de Paris, ait rappelé qu'une opération de concentration ne sera considérée comme abusive que dans l'hypothèse où « *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* »¹⁴. Afin de préciser ce standard, l'Autorité devrait s'appuyer sur les apports de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris reprenant la formule de la jurisprudence de la CJUE¹⁵, laquelle précise que « *bien qu'une condition aussi restrictive que l'élimination de toute concurrence ne soit pas exigée dans tous les cas (...), il appartient d'établir que la concurrence était si substantiellement affectée que les compétiteurs résiduels n'étaient pas susceptibles de constituer un contrepoids suffisant* »¹⁶. Dans ce contexte, ICC France rappelle qu'un renforcement de la position de l'acquéreur ne saurait, en tant que tel, constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE¹⁷.
59. Par conséquent, ICC France invite l'Autorité à clarifier et encadrer impérativement le recours à l'article 102 du TFUE pour la revue d'opérations de concentration sous les seuils, ledit recours devant rester exceptionnel.

2.2 La limitation impérative du recours à l'article 101 du TFUE pour contrôler des opérations de concentration sous les seuils

60. ICC France considère que, indépendamment de son fondement juridique, la transposition de la jurisprudence *Towercast* à l'article 101 du TFUE est critiquable

¹³ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §52 (soulignements ajoutés).

¹⁴ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §40 ; Rapp. CJUE, 16 mars 2023, *Towercast*, §52 in fine.

¹⁵ CJUE, 6 mars 2023, C-449/21, *Towercast*, §52 : « *Il appartient notamment à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir 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* » (soulignement ajouté). Voir aussi CJCE, 21 février 1973, C-6/72, *Continental Can c. Commission* §26.

¹⁶ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire §§67-68.

¹⁷ Conclusion de l'Avocate Générale Kokott, 13 octobre 2022, C-449/21 *Towercast*, §60.

notamment en ce qui concerne l'usage, en opportunité, de cet instrument par l'Autorité, inadapté à la revue d'opérations de concentration.

61. **Existence d'un accord de volonté** – ICC France note qu'un tel accord de volonté est intrinsèque à une concentration, sans lequel une telle opération ne pourrait avoir lieu. Toutefois, une distinction fondamentale s'impose entre la conclusion d'un accord portant sur un transfert de propriété entre deux entreprises et un accord s'inscrivant dans un contexte plus large d'entente anticoncurrentielle. Le Collège de l'Autorité (en opposition avec les services d'instruction¹⁸) l'a notamment relevé dans son Affaire Equarrissage lorsqu'elle a écarté l'existence d'un « *accord de volonté en vue de la réalisation d'un plan global de répartition géographique des marchés de l'équarrissage en France, englobant les opérations de cession mais ne se réduisant pas à elles* »¹⁹, tout en considérant l'accord de volonté relatif au transfert de propriété comme suffisant pour justifier l'application de l'article 101 du TFUE, ce qui reste critiquable.
62. **Objet ou effet anticoncurrentiel** – ICC France considère qu'un accord de volonté en vue de la réalisation d'opérations de concentration ne saurait pour autant être considéré, en tant que tel, comme anticoncurrentiel.
63. ICC France insiste sur l'objectif légitime, relevé par l'Autorité elle-même dans l'Affaire Equarrissage²⁰, d'un accord de transfert de propriété en raison de sa nature purement structurelle et non comportementale. L'application de l'article 101 du TFUE à une opération de concentration sous les seuils devrait nécessairement se limiter (comme le souligne le Collège de l'Autorité) au cas où cet accord légitime de transfert de propriété s'inscrirait lui-même dans le cadre d'une stratégie concurrentielle plus globale (e.g., de partage de marché) qui se substituerait au jeu normal de la concurrence²¹. Ainsi, une opération de concentration ne peut être considérée, à elle seule, comme ayant un objet anticoncurrentiel.
64. ICC France considère que l'existence d'effets anticoncurrentiels d'une opération sous les seuils est par nature exceptionnelle (une concentration affectant nécessairement la structure du marché en cause) et doit répondre à un standard de preuve strict qui est à ce jour très incertain. En effet, l'Autorité n'a pas précisé la méthode d'analyse des effets dans son Affaire Equarrissage puisqu'elle s'est contentée de constater l'absence d'éléments suffisants du dossier, en soulignant malgré tout, le caractère marginal (3%) des pratiques litigieuses sur le marché global.
65. ICC France s'interroge sur le standard applicable pour l'analyse des effets et doute, en tout état de cause, de la pertinence de la jurisprudence traditionnelle de l'article 101 du TFUE en matière d'effets anticoncurrentiels. D'autant plus que, sauf à multiplier les tests de façon redondante, ce standard ne saurait relever de l'entrave significative à une concurrence effective au sens du Règlement Concentrations ni s'assimiler au standard applicable à l'usage de l'article 102 TFUE en matière de concentration (lequel n'est lui-même pas encore clairement déterminé à date).
66. Partant, ICC France considère que le contrôle *ex-post* des concentrations sous les seuils par le biais de l'article 101 du TFUE apparaît en opportunité inadapté et est source

¹⁸ Autorité, Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, §110.

¹⁹ *Ibid*, §119.

²⁰ *Ibid*, §161, §165.

²¹ *Ibid*, §160.

d'une forte insécurité juridique pour les entreprises, raison pour laquelle ce dernier doit être utilisé de manière exceptionnelle.

2.3 D'importantes questions procédurales liées à l'application des articles 101 et 102 du TFUE

67. En sus de relever actuellement de standards incertains et pour l'essentiel inadaptés, ICC France observe que l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux opérations de concentration s'accompagne de difficultés procédurales significatives qui renforcent l'insécurité juridique existante.
68. **L'incompatible durée des procédures** – ICC France s'interroge sur les risques de dérive du fait de la longueur des procédures dans le cadre des articles 101 et 102 du TFUE qui se comptent en années et qui sont inadaptées et incompatibles avec l'activité de fusion/acquisition des entreprises. Dans l'Affaire Equarrissage, ICC France déplore que la décision de l'Autorité soit intervenue 9 ans après la conclusion des accords de cession entre les mises en cause. Bien que l'affaire se soit soldée par un non-lieu, la seule existence de ce précédent rend l'action de l'Autorité particulièrement imprévisible au détriment de la sécurité juridique des entreprises. Une telle intervention des années après l'opération devrait être évitée.
69. La durée des procédures soulève une question intrinsèque relative au délai de prescription applicable qui est très long pour les enquêtes de concurrence : 5 ans lorsqu'aucune enquête n'a été ouverte et 10 ans lorsqu'une enquête a été ouverte²². A l'opposé, la temporalité d'une opération de concentration se compte généralement en mois, non en années. ICC France invite l'Autorité à clarifier le point de départ du délai de prescription afin de mettre un terme à l'incertitude actuelle. Le principe de sécurité juridique devrait ainsi conduire l'Autorité à préciser le cadre temporel de son intervention en prenant en compte les conséquences économiques et pratiques de ses nouvelles prérogatives.
70. **Sanctions inadaptées** – ICC France attire l'attention de l'Autorité sur la nature des sanctions qui pourraient être imposées en application des articles 101 et 102 du TFUE. Elle considère notamment que des sanctions pécuniaires à caractère punitif ne sont pas pertinentes dans le contexte de projets de fusion/acquisition réalisés de bonne foi.
71. De la même manière, l'imposition d'**injonctions** ou d'**engagements** structurels ou comportementaux apparaît difficilement réalisable en pratique, surtout lorsque la décision intervient des années après la conclusion de l'opération, et alors même que ce type de mesure n'a, à ce jour, pas été mis en œuvre dans des cas de *gun jumping*. En cas d'engagements structurels, l'Autorité ne constatera que des préoccupations de concurrence, rendant possible la vente de la cible à un tiers, ce qui serait fondamental afin de ne pas imposer au vendeur de racheter la cible plusieurs années après la réalisation de l'opération²³.
72. ICC France rappelle à l'Autorité que le vendeur n'est plus partie à l'entente qualifiée au moment où la transaction est mise en œuvre. Ce faisant, il est fondamental que l'Autorité considère seulement l'infraction comme continue pendant une période limitée, commençant à la signature de l'accord entre les parties et s'achevant lors de sa mise en œuvre, ce qui signifie que le point de départ de son délai de prescription devrait être

²² Article L. 462-7, II. du code de commerce.

²³ Voir l'Affaire Equarrissage avec la décision de l'Autorité adoptée 9 ans après les transactions.

fixé à la date de la clôture de l'acquisition litigieuse. Dans le cas contraire, le risque de sanction pèserait sur l'ensemble des parties, en ce compris le vendeur, ce qui compromettrait de manière significative la sécurité juridique des entreprises.

73. Par ailleurs, en ce qui concerne l'article 101 du TFUE plus spécifiquement, si l'Autorité constate qu'une opération de concentration sous les seuils est anticoncurrentielle, les accords de transfert de propriété encourront le risque de la **nullité** de plein droit qui serait totalement disproportionnée et irréalisable en pratique à nouveau si elle intervient des années après la réalisation de l'opération. Dans une telle hypothèse, la conséquence juridique directe ne pourrait être que la reprise de la cible par le vendeur et le remboursement du montant de la transaction (en pratique, plusieurs années après le *closing*). Il ne serait donc pas possible de revendre la cible à un tiers, à l'opposé de certains cas de *gun-jumping* en contrôle des concentrations,
74. En effet, cela pourrait entraîner de potentiels contentieux inédits devant le juge civil sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer des décisions de l'Autorité dans ces situations spécifiques, risque qui ajoute à l'insécurité juridique endémique dans le contrôle *ex-post* des concentrations.
75. **L'absence de responsabilité du vendeur** – Indépendamment du type de sanctions potentielles, ICC France considère qu'une application de l'article 101 du TFUE à une opération de concentration imposerait un risque disproportionné au vendeur. Cela supposerait qu'en pratique, le vendeur devrait obtenir une garantie de l'acquéreur en cas de risque d'amende concurrence prononcée par l'Autorité, potentiellement des années après le *closing*. Or contrairement au contrôle des concentrations, le risque concurrentiel ne peut pas être garanti par l'acquéreur dans la cadre d'une clause *hell or high water*.
76. Par conséquent, une telle sanction contre le vendeur est inadaptée et méconnaît les implications d'une opération de concentration. En effet, si le vendeur est partie à l'accord de transfert de propriété jusqu'à la réalisation de l'opération, il ne saurait être tenu par cet accord *post-closing*. En ce sens, l'acquéreur est unilatéralement responsable des comportements de la société cible ce qui, par définition, ne permettrait pas une application de l'article 101 du TFUE à quelconque comportement observé *post-closing*.
77. **Nécessité d'une grille d'analyse claire** – ICC France invite l'Autorité à fournir une grille d'analyse spécifique à l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux concentrations sous les seuils ainsi que des garanties nécessaires pour protéger le principe de sécurité juridique et faire en sorte que, dans le cas où des sanctions seraient prononcées, ces dernières n'interviennent pas dans un temps déraisonnable après la clôture de l'opération. Dans l'affaire *Towercast*, la Cour d'appel de Paris avait notamment insisté sur la nécessité pour l'Autorité de fournir une grille d'analyse précise entraînant des conséquences structurantes pour l'analyse au fond des opérations sous les seuils²⁴. Le Président de l'Autorité s'était également exprimé dans le cadre de cette affaire en faveur de l'établissement d'un « *guide d'analyse déterminant* » pour les opérateurs économiques²⁵.

²⁴ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §37.

²⁵ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 juin 2024, *Towercast*, ayant annulé la décision n°20-D-01 de l'Autorité et renvoyé l'affaire à son instruction complémentaire, §38.

78. **Une intervention ex-post encadrée par des délais raisonnables** – En particulier, ICC France estime que l'Autorité devrait encadrer ses délais d'intervention au titre des articles 101 et 102 du TFUE suite à la clôture d'une opération sous les seuils, afin de garantir davantage de sécurité juridique aux entreprises. L'action de l'Autorité doit nécessairement être limitée, au risque d'altérer l'équilibre instauré par le législateur européen entre contrôle *ex-ante* et contrôle *ex-post* pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. La CJUE le rappelle d'ailleurs dans l'affaire *Towercast*, en soulignant qu'une opération de concentration susceptible d'entraver la concurrence doit être analysée en priorité par les dispositions du contrôle des concentrations²⁶.
79. L'Avocat général Emiliou dans l'affaire *Illumina/Grail* avait rappelé que si les autorités de concurrence peuvent analyser des opérations de concentration susceptibles de poser des problèmes de concurrence, elles se devaient « *de limiter, pour des raisons de sécurité juridique et dans l'intérêt des entreprises concernées, la durée des procédures de vérification des opérations* »²⁷, ce qui s'appliquait tant pour la Commission que pour les ANC.

1.2.4. Remarques conclusives sur l'Option 3

80. ICC France conclut qu'il est préférable de s'en tenir à l'état du droit existant en privilégiant l'Option 3 d'un contrôle ex-post des opérations sous les seuils au titre des pratiques anticoncurrentielles, sous réserve d'un encadrement strict des conditions de mise en œuvre et d'une utilisation uniquement en dernier ressort.
81. ICC France note qu'il serait préférable, par souci de protection du principe de sécurité juridique, de permettre aux entreprises de notifier volontairement une opération sous les seuils lorsque cette dernière présente un risque sérieux au regard des articles 101 et 102 du TFUE. Cela pourrait prendre la forme d'une procédure spécifique distincte des mécanismes de confort déjà existants pour les articles 101 et 102 du TFUE.

3 Conclusion et recommandations générales

82. ICC France considère que la mise en place de nouveaux outils, soit par un pouvoir d'évocation (Option 1), soit par l'introduction de seuils intermédiaires (Option 2) est disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis et entraînerait des conséquences néfastes sur la sécurité juridique garantie aux entreprises. Si modification de l'état du droit il devait y avoir, ICC France estime que l'introduction d'un seuil en valeur de transaction selon l'exemple allemand serait plus adaptée car plus objectif dans une certaine mesure.
83. ICC France réitère cependant son souhait de conserver et privilégier le régime juridique existant tel qu'il est mis en œuvre par l'Autorité aujourd'hui (Option 3), sous réserve de l'adoption d'un encadrement strict spécifique. La CJUE avait notamment confirmé dans l'arrêt *Towercast* que l'Autorité dispose déjà de pouvoirs suffisants en matière de contrôle *ex-post* des opérations de concentration au titre des articles 101 et 102 du TFUE, de sorte que les principaux efforts de l'Autorité devraient porter sur la clarification de ce régime actuellement empreint de nombreuses incertitudes et d'insécurité juridique.

²⁶ CJUE, 16 mars 2023, C-449/21 *Towercast*, §40.

²⁷ Conclusion de l'Avocat général Nicholas Emiliou, 21 mars 2024, *Illumina et Grail c. Commission*, §196.

En résumé, ICC France fournit à l'Autorité les recommandations ci-dessous :

- ICC France estime que **la création des nouveaux instruments** tels que mentionnés dans les Options 1 et 2 est **inadaptée** à l'analyse d'opération de concentrations sous les seuils.
- ICC France invite l'Autorité à **privilégier l'Option 3** en maintenant le droit dans son état existant **sous réserve de l'adoption de lignes directrices** encadrant précisément et clairement (i) le fond (notamment le standard de preuve), (ii) les procédures relatives à l'application des articles 101 et 102 du TFUE aux fusions/acquisitions et en particulier le délai d'intervention de l'Autorité après la clôture de l'opération et (iii) les sanctions potentielles.

ICC France insiste sur la nécessité d'encadrer et limiter le recours à toute forme d'intervention *ex-post* de l'Autorité qui doit rester une « *solution de second choix* » et ne doit intervenir que de manière subsidiaire et exceptionnelle, comme le rappelle à juste titre l'Avocat général Emiliou dans l'affaire *Illumina/Grail*²⁸. En outre, l'usage de l'article 102 du TFUE doit être favorisé par rapport à celui de l'article 101 du TFUE qui demeure inadapté aux opérations de concentration sous les seuils.

- A défaut, si l'Autorité souhaite tout de même introduire un nouvel instrument, ICC France estime que **des seuils en valeur de transaction seraient plus adaptés** à la revue d'opérations de concentration sous les seuils car ils garantiraient une plus grande sécurité juridique aux entreprises.
- Toutefois, si malgré les réserves précédemment évoquées l'Autorité souhaite mettre en place un système de pouvoir d'évocation tel que précisé dans l'**Option 1**, ICC France recommande à l'Autorité :
 - de conditionner ce pouvoir d'évocation par des seuils de chiffre d'affaires cumulés et individuels en France afin de veiller à garantir un lien suffisant avec le pays et éviter l'évocation d'opérations sans lien avec le territoire français ;
 - d'ajouter un critère d'atteinte à la concurrence qui devrait être objectivé par un seuil de menace afin de définir un cadre précis et ainsi limiter le champ de l'action de l'Autorité. ICC France invite à cet égard l'Autorité à s'inspirer des régimes des autres Etats-membres de l'EEE qui ont intégré des scénarios préétablis. A titre d'exemple, l'Autorité pourrait utiliser ses pouvoirs d'évocation pour contrôler une opération à faible montant qui concernerait l'acquisition d'un concurrent ou d'un nouvel entrant par une entreprise dominante sur un marché concentré ;
 - de délimiter cet hypothétique pouvoir d'évocation par un point de départ clairement défini, au plus tard à la date du *closing*, et dans un délai court, aligné sur le délai le plus court des autres Etats membres (*i.e.*, 60 jours à compter de la date du *closing*).

²⁸ Conclusion de l'Avocat général Nicholas Emiliou, 21 mars 2024, *Illumina et Grail c. Commission*, §228.

Comments of the International Center for Law & Economics

Autorité de la Concurrence Introduction of a Merger-Control Framework for Addressing Below-Threshold Mergers

21 February 2025

Authored by:

Geoffrey A. Manne (President and Founder, International Center for Law & Economics)

Dirk Auer (Director of Competition Policy, International Center for Law & Economics)

Lazar Radic (Senior Scholar, International Center for Law & Economics; Assistant Professor of Law, IE Law School)

Mario Zúñiga (Senior Scholar, International Center for Law & Economics)

Introduction

The International Center for Law & Economics (“ICLE”) is a nonprofit, nonpartisan, global research and policy centre—based in Portland, Oregon, United States—founded to build the intellectual foundations for sensible, economically grounded policy. ICLE promotes the use of law & economics methodologies, and economic findings, to inform public policy. More specifically, ICLE and its affiliate scholars have written extensively about competition and merger policy and routinely engage with policymakers and academics across the globe on these issues.

The Autorité de la Concurrence (“Autorité”) has opened a consultation on the introduction of a merger-control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition (“Consultation”).¹ This follows the Autorité’s previous consultations in 2017 and 2018, which explored how certain acquisitions of companies with low turnover—often involving nascent or potential competitors—might evade existing notification thresholds. In tandem, the Autorité also considered the possibility of relying on Article 22 of the EU Merger Regulation, which allows national competition authorities to refer transactions to the European Commission even if they do not meet the EU thresholds. The Commission’s 2020 guidance encouraged greater use of such Article 22 referrals for below-threshold deals, and the Court of Justice of the European Union (“CJEU”), in its *Illumina/Graill* judgment of 3 September 2024, clarified that these referrals remain permissible provided national authorities have the requisite legal competence.

According to the Consultation:

For several years, the Autorité has observed a steady increase in the number of mergers involving companies that play or are likely to play a key competitive role in the markets concerned but escaping control due to the low turnover generated by the target at the time of the merger.

Accordingly, the Autorité wishes to explore avenues for controlling such mergers that escape current notification thresholds but nevertheless harm competition on the French territory. In its latest public consultation, the Autorité has put forward three options:

1. The creation of a targeted call-in power by the Autorité, based on quantitative and qualitative criteria (Option 1).
2. The introduction of a new mandatory notification criterion for certain companies holding a degree of market power—for example, a dominant position or designation as a gatekeeper—based on a prior decision by the European Commission or the Autorité (Option 2).
3. Relying on ex post enforcement (under Articles 101 and 102 TFEU) to address potentially problematic outcomes that may have escaped merger review (Option 3).

¹Public Consultation on the Introduction of a Merger Control Framework for Addressing Below-Threshold Mergers, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (14 January 2025), <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/public-consultation-introduction-merger-control-framework-addressing-below-threshold>.

We appreciate the opportunity to comment on the Autorité’s Consultation, but caution that just because French policymakers *can* pass reforms to ensure mergers, particularly those involving startups, face more onerous reviews, does not mean it should.

While attempting to catch transactions that may harm consumers is commendable, it is important to understand the tradeoffs that ensue. Policing mergers is not costless, and any change in merger policy should consider both the benefits and the costs. Agencies will need to devote time and resources to assess mergers that previously were waved through without review. In turn, absent significantly more resources, this will reduce the review time devoted to the most problematic deals. Looking outside the agency, it will also increase the cost of mergers for parties, thereby chilling all deals, even procompetitive ones.

All in all, in devising alternate solutions to potential competition problems in the market for corporate control, it is important not to fall for the so-called “nirvana fallacy”—that is, comparing an imperfect current merger control systems against ideal new merger regime after the proposed reforms is implemented, as if they would be implemented in the real world perfectly and according to their purported goals.² Of course, under the current merger control some “Type II errors” will happen (that is, some anti-competitive mergers will not be captured). However, that some imperfections can be identified is not sufficient to justify changes to the system.

The Autorité itself has recognized these concerns, having previously ruled out reforms that would create significant legal uncertainty, complexity, or unnecessary costs (e.g., thresholds based on transaction value or market shares).³ Our comment thus analyses these tradeoffs in more detail, ultimately concluding that lower merger-filing thresholds and fewer safe harbours may be inappropriate when viewed through the lens of the error-cost framework. Section I puts the current Consultation in a global context, explaining the impetus for—and weakness of—recent efforts to bolster merger enforcement worldwide. Section II outlines some of the implications of the error-cost framework for merger policy. Section III concludes by posing four questions that policymakers should consider when they amend merger-enforcement law and policy.

The Global Crackdown on Mergers

A growing number of policymakers and scholars are calling for tougher rules to curb corporate acquisitions. But these appeals are premature. There is currently little evidence to suggest that mergers systematically harm consumer welfare. More importantly, scholars fail to identify alternative institutional arrangements that could capture the anticompetitive mergers that evade prosecution without

² See Harold Demsetz, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, 12 J.L. ECON. 1, 22 (1969), (“The view that now pervades much public policy economics implicitly presents the relevant choice as between an ideal norm and an existing “imperfect” institutional arrangement. This nirvana approach differs considerably from a comparative institution approach in which the relevant choice is between alternative real institutional arrangements.”).

³ Autorité, *supra* note 1, at 1-2.

disproportionate false positives and administrative costs. Their proposals thus fail to meet the requirements of the error-cost framework.

Taking a step back, there are multiple reasons for the antitrust community's about-face. These include concerns about rising market concentration,⁴ labour-market monopsony power,⁵ and of large corporations undermining the very fabric of democracy.⁶ But of these numerous (mis)apprehensions, one has received the lion's share of scholarly and political attention: a growing number of voices argue that existing merger rules fail to apprehend competitively significant mergers that either fall below existing merger-filing thresholds or affect innovation in ways that are, allegedly, ignored by current rules.

These fears are particularly acute in the pharmaceutical and tech industries, where several high-profile academic articles and reports claim to have identified important gaps in current merger-enforcement rules, particularly with respect to acquisitions involving nascent and potential competitors.⁷ Some of these gaps are purported to arise in situations that would normally appear to be procompetitive:

⁴ See, e.g., Germán Gutiérrez & Thomas Philippon, *Declining Competition and Investment in the U.S.* (NBER Working Paper 1, 2017), ("The U.S. business sector has under-invested relative to Tobin's Q since the early 2000's. We argue that declining competition is partly responsible for this phenomenon."); *Contra*, Esteban Rossi-Hansberg, Pierre-Daniel Sarte & Nicholas Trachter, *Diverging Trends in National and Local Concentration*, 35 NBER MACROECON. ANNU. 1 (2021), ("Using US NETS data, we present evidence that the positive trend observed in national product-market concentration between 1990 and 2014 becomes a negative trend when we focus on measures of local concentration. We document diverging trends for several geographic definitions of local markets. SIC 8 industries with diverging trends are pervasive across sectors. In these industries, top firms have contributed to the amplification of both trends. When a top firm opens a plant, local concentration declines and remains lower for at least 7 years. Our findings, therefore, reconcile the increasing national role of large firms with falling local concentration, and a likely more competitive local environment.").

⁵ See, e.g., José Azar, Ioana Marinescu, Marshall Steinbaum, & Bledi Taska, *Concentration in U.S. Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data*, 66 LABOUR ECON. 101886 (2020), ("These indicators suggest that employer concentration is a meaningful measure of employer power in labor markets, that there is a high degree of employer power in labor markets, and also that it varies widely across occupations and geography.").

⁶ See, e.g., TIM WU, *THE CURSE OF BIGNESS: ANTITRUST IN THE NEW GILDED AGE* (2018), at 9, ("We have managed to recreate both the economics and politics of a century ago—the first Gilded Age—and remain in grave danger of repeating more of the signature errors of the twentieth century. As that era has taught us, extreme economic concentration yields gross inequality and material suffering, feeding an appetite for nationalistic and extremist leadership. Yet, as if blind to the greatest lessons of the last century, we are going down the same path. If we learned one thing from the Gilded Age, it should have been this: The road to fascism and dictatorship is paved with failures of economic policy to serve the needs of the general public.").

⁷ See Collen Cunningham, Florian Ederer, & Song Ma, *Killer Acquisitions*, 129 J. POL. ECON. 649 (2021); Sai Krishna Kamepalli, Raghuram Rajan, & Luigi Zingales, *Kill Zone* (Nat'l Bureau of Econ. Research Working Paper No. 27146, 2020); DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, *UNLOCKING DIGITAL COMPETITION* (2019), available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf; STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS (2019), available at <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>; AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION, *DIGITAL PLATFORMS INQUIRY* (2019), available at <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>; see also Jacques Crémer, Yves-Alexandre De Montjoye, & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era Final Report* (2019), available at <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> [hereinafter "Crémer Report"].

Established incumbents in spaces like tech, digital payments, internet, pharma and more have embarked on bids to acquire features, businesses and functionalities to shortcut the time and effort they would otherwise require for organic expansion. We have traditionally looked at these cases benignly, but it is now right to be much more cautious.⁸

As a result of these perceived deficiencies, scholars and enforcers have called for tougher rules, including the introduction of lower merger-filing thresholds—like what has been put forward in the Consultation—and substantive changes, such as the inversion of the burden of proof when authorities review mergers and acquisitions in the digital-platform industry.⁹

These proposals, however, tend to overlook the important tradeoffs that would ensue from attempts to decrease the number of false positives under existing merger rules and thresholds. While merger enforcement ought to be mindful of these possible theories of harm, the theories and evidence are not nearly as robust as many proponents suggest. Most importantly, there is insufficient basis to conclude that the costs of permitting the behaviour they identify is greater than the costs would be of increasing enforcement to prohibit it.¹⁰

In this regard, two key strands of economic literature are routinely overlooked (or summarily dismissed) by critics of the status quo.

For a start, as Judge Frank Easterbrook argued in his pioneering work on *The Limits of Antitrust*, antitrust enforcement is anything but costless.¹¹ In the case of merger enforcement, not only is it expensive for agencies to detect anticompetitive deals but, more importantly, overbearing rules may deter beneficial merger activity that creates value for consumers. Indeed, not only are most mergers

⁸ Cristina Caffarra, Gregory S. Crawford, & Tommaso Valletti, “How Tech Rolls”: Potential Competition and “Reverse” Killer Acquisitions, 2 ANTITRUST CHRON. 1, 1 (2020).

⁹ As far as jurisdictional thresholds are concerned, see, e.g., Crémer Report, *supra* note 77, at 10 (“Many of these acquisitions may escape the Commission’s jurisdiction because they take place when the start-ups do not yet generate sufficient turnover to meet the thresholds set out in the EUMR. This is because many digital startups attempt first to build a successful product and attract a large user base while sacrificing short-term profits; therefore, the competitive potential of such start-ups may not be reflected in their turnover. To fill this gap, some Member States have introduced alternative thresholds based on the value of the transaction, but their practical effects still have to be verified.”). As far as inverting the burden of proof is concerned, see, e.g., Crémer Report, *supra* note 77, at 11 (“The test proposed here would imply a heightened degree of control of acquisitions of small start-ups by dominant platforms and/or ecosystems, to be analysed as a possible strategy against partial user defection from the ecosystem. Where an acquisition is plausibly part of such a strategy, the notifying parties should bear the burden of showing that the adverse effects on competition are offset by merger-specific efficiencies.”).

¹⁰ See, e.g., Noah Joshua Phillips, *Reasonably Capable? Applying Section 2 to Acquisitions of Nascent Competitors*, Antitrust in the Technology Sector: Policy Perspectives and Insights from the Enforcers Conference (29 April 2021), available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1589524/reasonably_capable_-_acquisitions_of_nascent_competitors_4-29-2021_final_for_posting.pdf (“Some would-be reformers view M&A as fundamentally predatory and wish to “level the playing” field for smaller, less competitive, or more sympathetic businesses by throwing as much sand in the gears as possible. But their Harrison Bergeron vision of competition, handicapping successful businesses, will not so much level the field as tilt the scales dramatically in favor of the government, handing tremendous power to regulators, sapping American competitiveness, and hitting Americans in their pocketbooks.”).

¹¹ Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1 (1984).

welfare-enhancing, but barriers to merger activity have been shown to significantly, and negatively, affect early company investment.¹²

Second, critics are mistaking the nature of causality. Scholars routinely surmise that incumbents use mergers to shield themselves from competition. Acquisitions are thus seen as a means to eliminate competition. But this overlooks an important alternative. It is at least plausible that incumbents'

¹² For vertical mergers, the welfare-enhancing effects are well-established. See, e.g., Francine Lafontaine & Margaret Slade, *Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence*, 45 J. ECON. LIT. 677 (2007) ("In spite of the lack of unified theory, over all a fairly clear empirical picture emerges. The data appear to be telling us that efficiency considerations overwhelm anticompetitive motives in most contexts. Furthermore, even when we limit attention to natural monopolies or tight oligopolies, the evidence of anticompetitive harm is not strong."); see also Abbott B. Lipsky, Joshua D. Wright, Douglas H. Ginsburg, & John M. Yun, *Comment Letter on Federal Trade Commission's Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, Vertical Mergers* (Geo. Mason Law & Econ. Research Paper No. 18-27, 2018), at 8-9, <https://ssrn.com/abstract=3245940> ("In sum, these papers from 2009-2018 continue to support the conclusions from Lafontaine & Slade (2007) and Cooper et al. (2005) that consumers mostly benefit from vertical integration. While vertical integration can certainly foreclose rivals in theory, there is only limited empirical evidence supporting that finding in real markets. The results continue to suggest that the modern antitrust approach to vertical mergers 9 should reflect the empirical reality that vertical relationships are generally procompetitive."). Along similar lines, empirical research casts doubt on the notion that antitrust merger enforcement (in marginal cases) raises consumer welfare. The effects of horizontal mergers are, empirically, less well-documented. See, e.g., Robert W. Crandall & Clifford Winston, *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, 17 J. ECON. PERSP. 20 (2003) ("We can only conclude that efforts by antitrust authorities to block particular mergers or affect a merger's outcome by allowing it only if certain conditions are met under a consent decree have not been found to increase consumer welfare in any systematic way, and in some instances the intervention may even have reduced consumer welfare."). While there is some evidence that horizontal mergers can reduce consumer welfare, at least in the short run, the long-run effects appear to be strongly positive. See, e.g., Gregory J. Werden, Andrew S. Joskow, & Richard L. Johnson, *The Effects of Mergers on Price and Output: Two Case Studies from the Airline Industry*, 12 MGMT. DECIS. ECON. 341 (1991); Dario Focarelli & Fabio Panetta, *Are Mergers Beneficial to Consumers? Evidence from the Market for Bank Deposits*, 93 AM. ECON. REV. 1152, 1152 (2003) ("We find strong evidence that, although consolidation does generate adverse price changes, these are temporary. In the long run, efficiency gains dominate over the market power effect, leading to more favorable prices for consumers."); see also, generally, Michael C. Jensen, *Takeovers: Their Causes and Consequences*, 2 J. ECON. PERSP. 21 (1988). Some related literature similarly finds that horizontal merger enforcement has harmed consumers. See B. Espen Eckbo & Peggy Wier, *Antimerger Policy Under the Hart-Scott-Rodino Act: A Reexamination of the Market Power Hypothesis*, 28 J.L. & ECON. 119, 121 (1985) ("In sum, our results do not support the contention that enforcement of Section 7 has served the public interest. While it is possible that the government's merger policy has deterred some anticompetitive mergers, the results indicate that it has also protected rival producers from facing increased competition due to efficient mergers."); B. Espen Eckbo, *Mergers and the Value of Antitrust Deterrence*, 47 J. FINANCE 1005, 1027-28 (1992) (rejecting "the market concentration doctrine on samples of both U.S. and Canadian mergers. By implication, the results also reject the effective deterrence hypothesis. The evidence is, however, consistent with the alternative hypothesis that the horizontal mergers in either of the two countries were expected to generate productive efficiencies"). Regarding the effect of mergers on investment, see, e.g., Gordon M. Phillips & Alexei Zhdanov, *Venture Capital Investments and Merger and Acquisition Activity Around the World* (NBER Working Paper No. w24082, November 2017), available at <https://ssrn.com/abstract=3082265> ("We examine the relation between venture capital (VC) investments and mergers and acquisitions (M&A) activity around the world. We find evidence of a strong positive association between VC investments and lagged M&A activity, consistent with the hypothesis that an active M&A market provides viable exit opportunities for VC companies and therefore incentivizes them to engage in more deals."). And increased M&A activity in the pharmaceutical sector has not led to decreases in product approvals; rather, quite the opposite has happened. See, e.g., Barak Richman, Will Mitchell, Elena Vidal, & Kevin Schulman, *Pharmaceutical M&A Activity: Effects on Prices, Innovation, and Competition*, 48 LOYOLA U. CHI. L.J. 799 (2017) ("Our review of data measuring pharmaceutical innovation, however, tells a different story. First, even as merger activity in the United States increased over the past ten years, there has been a steady upward trend of FDA approvals of new molecular entities ('NMEs') and new biological products ('BLAs'). Hence, the industry has been highly successful in bringing new products to the market.").

superior managerial or other capabilities (*i.e.*, what made them successful in the first place) make them the ideal purchasers for entrepreneurs and startup investors who are looking to sell.

This dynamic is likely to be amplified where the acquirer and acquiree operate in overlapping lines of business. In other words, competitive advantage, and the ability to profitably acquire other firms, might be caused by business acumen rather than exemplifying anticompetitive behaviour. And significant and high-profile M&A activity involving would-be competitors may thus be the procompetitive byproduct of a well-managed business, rather than anticompetitive efforts to stifle competition.

Critics systematically overlook this possibility. Indeed, Henry Manne's seminal work on *Mergers and Market for Corporate Control*¹³—the first to argue that mergers are a means of applying superior management practices to new assets—is almost never cited by contemporary researchers in this space. Our comments attempt to set the record straight.

With this in mind, we believe that calls to reform merger-enforcement rules and procedures should be analyzed under the error-cost framework. Accordingly, the challenge for policymakers is not merely to minimize type II errors (*i.e.*, false acquittals), which have been a key area of focus for recent scholarship, but also type I errors (*i.e.*, false convictions) and enforcement costs. This is particularly important in the field of merger enforcement, where authorities need to analyse vast numbers of transactions in extremely short periods of time.

In other words, while scholars have raised valid concerns, they have not suggested alternative institutional arrangements to address those concerns that would lead to better overall outcomes. Indeed, it could be that antitrust doctrine currently condones practices that harm innovation, but that there is no cost-effective way to reliably identify and deter this harmful conduct.

For instance, as we discuss below, a recent paper estimates that between 5.3% and 7.4% of pharmaceutical mergers are “killer acquisitions.”¹⁴ But even if that is accurate, it suggests no tractable basis on which those acquisitions can be differentiated *ex ante* from the 92.6% to 94.7% that are presumed to be competitively neutral or procompetitive. A reformed system that overly deters these acquisitions to capture more of the problematic ones—which is presumably the purpose (or at least, the effect) of the Autorité's first two options—is not necessarily an improvement.

Further, while many of the arguments suggesting that the current system is imperfect are well-taken, these claims of systemic problems are not always as robust as proponents suggest. This further

¹³ Henry G. Manne, *Mergers and the Market for Corporate Control*, 73 J. POL. ECON. 110 (1965).

¹⁴ Cunningham *et al.*, *supra* note 77, at 692 (“Given these assumptions and estimates, what would the fraction v of pure killer acquisitions among transactions with overlap have to be to result in the lower development of acquisitions with overlap (13.4%)? Specifically, we solve the equation $13.4\% = v \times 0 + (1 - v) \times 17.5\%$ for v which yields $v = 23.4\%$. Therefore, we estimate that $5.3\% (= v \times 22.7\%)$ of all acquisitions, or about 46 ($= 5.3\% \times 856$) acquisitions every year, are killer acquisitions. If instead we assume the non-killer acquisitions to have the same development likelihood as non-acquired projects (19.9%), we estimate that 7.4% of acquisitions, or 63 per year, are killer acquisitions.”).

weakens the case for policy reform, because any potential gains from such reforms are likely far less certain than they are often claimed to be.

Antitrust and the Error-Cost Framework

Firms spend trillions of dollars globally every year on corporate mergers, acquisitions, and R&D investments.¹⁵ Most of the time, these investments are benign, often leading to cost reductions, synergies, new or improved products, and lower prices for consumers.¹⁶ For smaller firms, the possibility of being acquired can be vital to making a product worth developing.

There are also instances, however, when M&A activity enables firms to increase their market power and reduce output. Therein lies the fundamental challenge for antitrust authorities: among these myriad transactions, investments, and business decisions, is it possible to effectively sort the wheat from the chaff in a way that leads to net improvements in efficiency and competition, and ultimately consumer welfare? In more concrete terms, the question is: are there reasonable rules and standards that enforcers can use to filter out anticompetitive practices while allowing beneficial ones to follow their course? And if so, can this be done in a timely and cost-effective manner?¹⁷

The Use of Filters in Antitrust

What might appear to be a herculean task has, in fact, been considerably streamlined, and vastly improved, by the emergence of the error-cost framework, itself a byproduct of pioneering advances in microeconomics and industrial organization.¹⁸ This is “the economists’ way out.”¹⁹ The error-cost framework is designed to enable authorities to focus their limited resources on that conduct most likely to have anticompetitive effects. In practice, this is done by applying several successive filters that separate potentially anticompetitive practices from ones that are likely innocuous.²⁰ Depending on this initial classification, practices are then submitted to varying levels of scrutiny, which may range from *per se* prohibitions to presumptive legality.²¹

¹⁵ See *Value of Mergers and Acquisitions (M&A) Worldwide from 1985 to 2020*, STATISTA (15 January 2021), <https://www.statista.com/statistics/267369/volume-of-mergers-and-acquisitions-worldwide>; see also *Gross Domestic Spending on R&D*, ORGAN. ECON. CO-OPER. DEV., <https://data.oecd.org/rd/gross-domestic-spending-on-r-d.htm> (last visited 29 April 2021).

¹⁶ See Werden *et al.*, *supra* note 1212.

¹⁷ Running the antitrust system is itself a cost to society.

¹⁸ See, e.g., Olivier E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58 AM. ECON. REV. 18 (1968); see also, Easterbrook, *supra* note 1111; Henry G. Manne, *supra* note 1313; William M Landes & Richard A Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937 (1980).

¹⁹ Easterbrook, *id.*, at 14.

²⁰ See Easterbrook, *id.*, at 17 (“The task, then, is to create simple rules that will filter the category of probably beneficial practices out of the legal system, leaving to assessment under the Rule of Reason only those with significant risks of competitive injury.”).

²¹ *Id.* at 15 (“They should adopt some simple presumptions that structure antitrust inquiry. Strong presumptions would guide businesses in planning their affairs by making it possible for counsel to state that some things do not create risks of liability. They would reduce the costs of litigation by designating as dispositive particular topics capable of resolution.”).

Of the thousands of M&A transactions each year, only a few must be notified to antitrust authorities, and fewer still are subject to in-depth reviews.²² For instance, in both the United States and the European Union, only deals that meet certain transaction values and/or revenue thresholds require merger notifications.²³ Accordingly, U.S. antitrust authorities receive somewhere in the vicinity of 2,000 merger filings per year, while the European Commission usually receives a few hundred.²⁴ Typically, less than 5% of these mergers are ultimately subjected to in-depth reviews.²⁵ These cases are selected by applying yet another set of filters that include: looking at the relationship between the merging firms (horizontal, vertical, conglomerate); calculating market shares and concentration ratios; and checking whether transactions fall within several recognized theories of harm.²⁶

Before those filters, notification thresholds are the first screen to determine if a given transaction merits a review. According to the International Competition Network's (ICN) Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, mandatory notification thresholds should be based on quantifiable criteria (like assets or sales) and based on information that is readily accessible to the parties to the proposed transaction.²⁷ This recommendation by the ICN makes perfect sense. While a company's sales or asset value are an imperfect proxy for its market power, or for potential impacts on free competition, at this stage of the procedure—when a decision must be made on whether to notify the transaction—the parties to a transaction should not be required to perform complicated calculations or analyses. That is something that should be done at a later stage of the analysis. As these comments acknowledge, merger control regimes are imperfect, and some Type II errors will happen. However, in those cases (a minority, to be sure) in which a merger could cause damage to competition, competition agencies have at their disposal ex-post competition rules relating to behavioural control (e.g., prohibitions of cartelization and abuse of dominant position).

Similar filtering mechanisms apply to other forms of conduct. Incumbent firms routinely decide to enter adjacent markets, for instance, or to adopt strategies that might incidentally reduce competition in markets where they are already present. As with mergers, authorities and courts apply a series

²² See *Number of Merger and Acquisition Transactions Worldwide from 1985 to 2021*, STATISTA (14 May 2021), <https://www.statista.com/statistics/267368/number-of-mergers-and-acquisitions-worldwide-since-2005>.

²³ See 15 U.S.C. §18a (1976); see also, FTC Premerger Notification Office Staff, *HSR Thresholds Adjustments and Reportability for 2020*, FED. TRADE COMM. (31 January 2020), <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2020/01/hsr-threshold-adjustments-reportability-2020>; Council Regulation 139/2004, 2004 O.J. (L 24) 1, 22 (EC).

²⁴ See FED. TRADE COMM. & U.S. DEP. JUSTICE, HART-SCOTT-RODINO ANNUAL REPORT FISCAL YEAR 2019 (2020), available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-bureau-competition-department-justice-antitrust-division-hart-scott-rodino/p110014hsrannualreportfy2019_0.pdf; see also *Merger Statistics, 21 September 1990 to 31 December 2020*, EUR. COMM.(2021), available at <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

²⁵ See FTC and European Commission, *id.*

²⁶ See U.S. DEP. JUSTICE & FED. TRADE COMM., HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (2010), U.S. DEP. JUSTICE & FED. TRADE COMM., VERTICAL MERGER GUIDELINES (2020); see also *Commission Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings*, EUR. COMM., 2008 O.J. (C 265) 6, 25.

²⁷ ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, INT. COMPET. NETW., at 6-7, available at https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf (last visited 20 February 2025).

of filters/presumptions to home in on those practices most likely to cause anticompetitive harm.²⁸ Firms with low market shares are deemed less likely to possess market power (and thus, less likely to harm competition); vertical agreements are widely seen as being less problematic than horizontal ones; and vertical integration is widely regarded as procompetitive, absent other accompanying factors.²⁹

This system is certainly not perfect; filtering cases in this manner inevitably lets some anticompetitive practices fall through the cracks. Indeed, the error-cost framework is premised on the recognition of this eventuality. Nevertheless, the strengths of this paradigm arguably outweigh its weaknesses. “If presumptions let some socially undesirable practices escape, the cost is bearable.... One cannot have the savings of decision by rule without accepting the costs of mistakes.”³⁰

In most jurisdictions around the world, today’s competition merger-control apparatus is administrable,³¹ somewhat predictable,³² and—in the case of merger enforcement—it ensures that deals are reviewed in a relatively timely manner.³³

The contours of this system have profound ramifications for substantive antitrust policy. Potential reforms need to account for the tradeoffs inherent to this vision of antitrust enforcement: between false positives and false negatives, between timeliness and thoroughness, and so on. Accordingly, the relevant policy question is not whether existing provisions allow certain categories of potentially harmful conduct to go unchallenged. Instead, policymakers should ask whether there is a better set of filters and heuristics that would enable authorities and courts to prevent previously unchallenged anticompetitive conduct without overburdening the system or disproportionately increasing false positives. In short, antitrust enforcers must avoid the so-called “nirvana fallacy” of believing that *all* errors can be eliminated, and existing policies should thus always be weighed against alternative institutional arrangements (as opposed to merely identifying instances where they lead to false negatives).³⁴

²⁸ See FED. TRADE COMM. & U.S. DEP. JUSTICE, ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY (12 January 2017), at 15 (“The existence of a horizontal relationship between a licensor and its licensees does not, in itself, indicate that the arrangement is anticompetitive. Identification of such relationships is merely an aid in determining whether there may be anticompetitive effects arising from a licensing arrangement.”); see also *Communication from the Commission—Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, EUR. COMM., O.J. C. 45, 7–20 (24 February 2009).

²⁹ See FTC, *id.*; see also *Commission Guidelines on Vertical Restraints*, EUR. COMM., 2010 O.J. (C 130) 1, 46, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN).

³⁰ Easterbrook, *supra* note 1111, at 15.

³¹ It requires only limited government resources to function, relative to, *e.g.*, a system that reviews every merger in detail.

³² Companies can self-assess whether their mergers are *likely* to be struck down by authorities and adapt their investment decisions accordingly.

³³ Even in-depth merger investigations are typically concluded within months, rather than years.

³⁴ See Demsetz, *supra* note 2, at 1.

Calls for a Reform of Merger-Enforcement Rules and Thresholds

Against this backdrop, a growing body of economic literature claims to have identified inadequacies in both the U.S. and EU merger-control regimes, as well as the antitrust rules that govern the business practices of digital platforms (notably, vertical integration and tying).³⁵ These critiques focus on ways in which incumbents might prevent nascent or potential rivals from introducing innovative new products and services that could disrupt their existing businesses. In short, this recent economic literature purports to show how incumbents might use their dominant market positions to reduce innovation.

For instance, recent empirical research purports to show that mergers of pharmaceutical companies with overlapping R&D pipelines result in higher project-termination rates, thus reducing innovation and, ultimately, price competition. These are referred to as “killer acquisitions.”³⁶ Others have argued that killer acquisitions also occur in the tech sector, although the empirical evidence offered to support this second claim is much weaker. In large part, this is because it does not differentiate between legitimate, efficient discontinuations of acquired products (such as the product being unsuccessful on the market, or the acquisition being done to hire the staff of the acquired firm) and the elimination of potential competitors.³⁷ Acquisitions of nascent and potential competitors undertaken with the intention of reducing competition have also been described as “killer acquisitions,” even if they do not involve their products being discontinued.³⁸

Along similar lines, it is sometimes argued that large tech firms create so-called “kill zones” around their core businesses.³⁹ Similarly, some scholars assert that incumbent digital platforms might seek to foreclose rivals in adjacent markets by “copying” their products, or by using proprietary datasets that tilt the scales in their favor.⁴⁰

³⁵ See Cunningham *et al.*, *supra* note 77; Kamepalli *et al.*, *supra* note 77; Kevin A Bryan & Erik Hovenkamp, *Antitrust Limits on Startup Acquisitions*, 56 REV. INDUS. ORG. 615 (2020); Mark A. Lemley & Andrew McCreary, *Exit Strategy* (Stanford Law and Economics Working Paper No. 542, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506919.

³⁶ See Cunningham *et al.*, *id.* at 650 (“We argue that an incumbent firm may acquire an innovative target and terminate the development of the target’s innovations to preempt future competition. We call such acquisitions ‘killer acquisitions,’ as they eliminate potentially promising, yet likely competing, innovation.”).

³⁷ See, e.g., Axel Gautier & Joe Lamesch, *Mergers in the Digital Economy*, INFO. ECON. & POL’Y (2000), (“There are three reasons to discontinue a product post-acquisition: the product is not as successful as expected, the acquisition was not motivated by the product itself but by the target’s assets or R&D effort, or by the elimination of a potential competitive threat. While our data does not enable us to screen between these explanations, the present analysis shows that most of the startups are killed in their infancy.”).

³⁸ John M. Yun, *Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions*, in GAI REPORT ON THE DIGITAL ECONOMY (Ginsburg & Wright, eds. 2000).

³⁹ See Zingales *et al.*, *supra* note 77.

⁴⁰ See, e.g., Kevin Caves & Hal Singer, *When the Econometrician Shrugged: Identifying and Plugging Gaps in the Consumer-Welfare Standard*, 26 GEO. MASON L. REV. 396 (2018), (“Or imagine the platform was appropriating or “cloning” app functionality into its basic service. The only potential harm in this instance would be that independent edge providers would be encouraged to exit or discouraged from entering in future periods. In theory, edge providers might be discouraged to compete in the app space given what they perceive to be a slanted playing field.”).

All these practices are said to harm innovation by deterring the incentives of competitors to invest in innovations that compete with incumbents. And the overarching theme of the above research is that existing antitrust doctrine is ill-equipped to handle these practices—or, at the very least, that antitrust law should be enforced more vigorously in these settings.

But while the above research identifies important and potentially harmful conduct that cannot be dismissed out of hand, it is important to recognize its inherent limitations when it comes to informing normative policy decisions. Indeed, there is a vast difference between identifying *categories of conduct* that *sometimes* harm consumers, on the one hand, and being able to isolate *individual instances* of anticompetitive behaviour, on the other (and even then, it is important to distinguish conduct that harms consumers *overall* from conduct that merely harms certain parameters of competition while improving others. In other words, antitrust law should prohibit conduct when the category it belongs to is generally harmful to consumers and/or when harmful occurrences of that conduct can readily be distinguished⁴¹).

The above is merely a restatement of the error-cost framework, which highlights that the existence of false negatives is not a *sufficient* condition for increased intervention. The fact—if it can be proved—that there were some false negatives does not imply that there has been underenforcement with respect to the optimal level of enforcement. In other words, in the digital space, the argument can be made that an optimal merger policy on average leads to ex-post “underenforcement.” Moreover, even if the level of enforcement has been lower than optimal, one must be careful not to swing too far in the opposite direction, especially in high-tech industries. The chilling effect on innovation could be significant.⁴² Instead, any change to the standards of government intervention that seeks to prevent more of these false negatives, with all the accompany tradeoffs and risks inherent to this enterprise, must ultimately increases social welfare overall.

Concluding Remarks

Given the above, there are serious doubts that any of the Autorité’s three proposals—namely, a targeted call-in power based on quantitative and qualitative criteria, a new mandatory notification criterion for firms previously designated as dominant or gatekeepers, and reliance on ex post

⁴¹ See, e.g., Eric Fruits, Justin (Gus) Hurwitz, Geoffrey A. Manne, Julian Morris, & Alec Stapp, *Static and Dynamic Effects of Mergers: A Review of the Empirical Evidence in the Wireless Telecommunications Industry*, OECD DIR. FINANC. ENTERP. AFF. COMPET. COMM., GLOB. FORUM COMPET., DAF/COMP/GF(2019)13 (6 December 2019) at ¶ 61, available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)13/en/pdf) (“Studies that do not consider these [non-price] effects are incomplete for purposes of evaluating the mergers’ consumer welfare effects, and [are] all-too-easily used by advocates to misleadingly predict negative consumer outcomes. This is not necessarily a criticism of the studies themselves, which generally do not make comprehensive policy conclusions. The reality is that it is exceptionally difficult to comprehensively study even price effects, such that a well-conducted study of price effects alone is a valuable contribution to the literature. Nevertheless, in the context of evaluating prospective transactions, the results of such studies must be discounted to account for their exclusion of non-price effects.”).

⁴² Luís Cabral, *Merger Policy in Digital Industries*, (CEPR Discussion Paper No. DP14785, May 2020) at 12, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3612854.

enforcement under Articles 101 and 102 TFEU—would serve France or Europe’s competition policy objectives without incurring significant adverse consequences.

A targeted call-in power, while ostensibly offering flexibility, ultimately hinges on the development of subjective thresholds. In practice, the lack of clear and objective criteria risks engendering legal uncertainty and inconsistent application. This would not only divert scarce enforcement resources to the review of borderline transactions, but it would also create a chilling effect on mergers that, although below existing thresholds, might otherwise yield substantial efficiency gains but are unnecessarily bogged down in regulatory red tape. More problematically, by focusing on the *cumulative* turnover of merging parties, would effectively cause merger reviews to be triggered by the competitive position of a single party. But looking at the competitive position of *one* merging party is not a useful proxy for assessing the competitive significance of a merger. This is why almost all existing merger systems tend to look at the market positions of *all* merging parties (for instance their turnover) to decide whether their transactions should be notified. In other words, basing merger notification requirements on the turnover of *both* merging parties (as is generally the case today) may not be perfect, but it remains vastly more accurate than looking at the turnover of *only one*.

Likewise, the introduction of a mandatory notification criterion tied to prior determinations of market power suffers from inherent inflexibility and a lack of specificity. Relying on static assessments—whether from past Autorité or European Commission decisions—fails to account for rapidly evolving market conditions. It also suffers from the critique exposed above, namely that one party being in a strong competitive position says little to nothing about the competitive significance of a merger. Reliance on such a criterion would thereby overinclusive.

Finally, the option of relying on ex post enforcement, as underscored by our analysis of recent ex post reviews, including the Facebook proceedings, presents its own set of challenges. Ex post review shifts the burden of uncertainty to the period after a merger has been consummated, exposing firms to the risk of retroactive legal action.⁴³ This approach, by its very nature, conflates post-merger outcomes with the merger’s ex ante competitive effects. In doing so, it not only penalizes transactions based on hindsight but also undermines the incentives for pre-merger investment by effectively deterring deals that might otherwise promote long-term consumer welfare.

Given these concerns, we urge the Autorité to reconsider the proposals in their current form. A reformed framework should strive to minimize both false positives and false negatives while safeguarding the benefits of merger activity. Only by calibrating enforcement measures to target genuinely anticompetitive conduct—without imposing undue burdens on procompetitive transactions—can the delicate balance between regulatory oversight and market dynamism be preserved.

⁴³ Dirk Auer, *Facebook and the Pros and Cons of Ex Post Merger Reviews*, TRUTH MARK. (11 December 2020), <https://truthonthemarket.com/2020/12/11/facebook-and-the-pros-and-cons-of-ex-post-merger-reviews>.

Paris, le 13 février 2025

Observations en réponse à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence du 14 janvier 2025 relative à l'introduction d'un système de contrôle des concentrations sous les seuils de notification

L'Autorité de la concurrence (l'"Autorité") a ouvert une consultation le 14 janvier 2025 relative aux 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. Par cette consultation, l'Autorité tire notamment, les conséquences de l'arrêt Illumina/Grail de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 septembre 2024, qui précise que les renvois des opérations de concentration à la Commission européenne (la "Commission") qui ne franchissent pas les seuils nationaux ne peuvent être que acceptés uniquement dans le cas où les autorités nationales de concurrence sont compétentes en vertu du droit national.

Si le principe de l'introduction d'un système permettant de contrôler les opérations sous les seuils qui pourraient se révéler problématiques du point de vue de la concurrence apparaît légitime, et notamment au regard du risque que fait peser le pouvoir de marché considérable des très grandes entreprises du numérique, il demeure toutefois nécessaire de s'interroger sur les impacts potentiels que cela pourrait engendrer sur les secteurs à forte innovation en France, principalement sur le secteur du numérique.

En effet, il est primordial de s'assurer que la mise en place d'un tel système n'engendre pas d'importants effets de bord, à savoir en particulier la création d'une insécurité juridique et l'augmentation du coût réglementaire pour les investisseurs, et donc de la perte d'attractivité des opérations de fusion et acquisition qui seraient envisagées, à l'heure où le secteur du numérique en France a besoin avant tout de stabilité et de fluidité pour favoriser un investissement indispensable au développement d'un écosystème national fort.

Au regard de ces enjeux, la création d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité sur la base de critères quantitatif et qualitatif (Option 1), comme cela est présenté, semble difficilement pouvoir apporter des garanties suffisantes contre de tels effets de bord.

En revanche, la notification fondée sur une décision antérieure de l'Autorité ou de la Commission ou de désignation de "gatekeeper" par la Commission (Option 2) semble s'avérer la solution la plus à même de limiter ces effets de bord, en particulier du fait de sa prévisibilité juridique.

La dernière possibilité se bornant à limiter l'intervention possible de l'Autorité à la mise en oeuvre des dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles postérieurement à la réalisation des opérations de concentration, comme le droit positif le permet (Option 3), ne saurait constituer une solution pérenne, du fait notamment de la forte insécurité juridique que cela fait peser sur les opérations de concentration.

De manière générale, la réponse de leboncoin s'attache à attirer l'attention de l'Autorité sur la nécessité de prendre en compte les effets dommageables que pourrait avoir, selon le choix qui sera fait, l'introduction d'un système de contrôle des concentrations sous les seuils pour les entreprises françaises du numérique. Dans une période cruciale où l'investissement et la simplification normative doivent servir de boussole à l'État français aux fins d'émergence d'un écosystème numérique national compétitif et souverain, il demeure plus que jamais nécessaire d'en assurer les conditions effectives, au risque de renforcer le pouvoir, déjà immense, des très grandes entreprises du numérique.

*

I. La création d'un pouvoir d'évocation de l'Autorité ("Option 1")

La solution présentée d'un pouvoir d'évocation donnée à l'Autorité pour les opérations de concentration qui ne remplissent pas les seuils de contrôle de l'article L.430-2 du Code de commerce, sur la base de critères quantitatif et qualitatif, présente intrinsèquement d'importants risques d'insécurité juridique et *in fine*, d'effets dommageables sur les opérations de concentration au détriment des entreprises du secteur du numérique en France.

D'abord, cela nécessiterait de déterminer l'ensemble des marchés pertinents en question, dans un secteur où les marchés sont dynamiques, multifaces et n'ont souvent pas fait l'objet d'une décision antérieure ou qui est potentiellement obsolète. Ensuite, la question du calcul des parts de marché s'avère fort complexe et donc incertaine, de part la nature multiface des marchés, du fait de l'incertitude des critères à utiliser ou de l'évolution très rapide des dynamiques concurrentielles.

Par conséquent, du fait de ces difficultés inhérentes aux marchés numériques, tout projet d'opération de concentration pourrait s'avérer d'une complexité juridique et économique décorrélée des enjeux économiques et financiers de l'opération. Dès lors, devant une si forte insécurité sur l'issue du contrôle de l'opération envisagée et du coût règlementaire pour des opérations "mineures" pour leur grande majorité, puisque sous les seuils de chiffre d'affaires, l'investissement dans le secteur numérique n'en sera que affecté.

En définitive, les effets de bord engendrés par ce pouvoir d'évocation aux fins d'appréhender un nombre restreint d'opérations qui seraient problématiques du point de vue de la concurrence et majoritairement du fait des très grandes entreprises du numérique - s'agissant de ce secteur, semblent bien trop importants pour être contrebalancés par la finalité recherchée, aussi légitime soit-elle. En d'autres termes, risquer de restreindre l'investissement dans le numérique en France et *in fine* de freiner l'innovation, du fait de pratiques émanant principalement des très grandes entreprises du numérique et dont les acteurs français sont victimes directement ou indirectement, apparaît difficilement équivaloir aux bénéfices attendus d'une telle mesure.

A cet égard, l'Option 2 apparaît s'avérer la solution la plus équilibrée d'un point de vue coût/bénéfice de la mesure (voir II ci-après).

II. La notification fondée sur une décision antérieure de l'Autorité ou de la Commission ou de désignation de gatekeeper en vertu du DMA ("Option 2")

Le seconde solution s'inspirant du droit suisse¹, et par laquelle l'Autorité propose d'ajouter un critère alternatif aux seuils de contrôle fixés par l'article L.430-2 du Code de commerce, à savoir de rendre obligatoire la notification d'opérations de concentration d'entreprises ayant fait l'objet (i) d'une décision antérieure de l'Autorité ou de la Commission interdisant ou autorisant avec engagements une concentration, (ii) d'une décision antérieure de l'Autorité ou de la Commission de sanction ou d'engagements au titre de l'abus de position dominante et (iii) d'une désignation en tant que gatekeeper par la Commission au titre du Digital Market Act (DMA) apparaît la plus à même d'assurer d'une part, une prévisibilité juridique pour les opérations de concentration qui demeure essentielle afin de ne pas nuire à l'investissement, tout en garantissant d'autre part, que les opérations de concentration des très grandes entreprises du numérique qui seraient sous les seuils soient effectivement soumises à un contrôle.

En premier lieu, cette solution présente les avantages majeurs pour les entreprises d'une grande prévisibilité juridique et de simplicité. Il sera en effet aisé pour une entreprise de savoir si elle est soumise au contrôle des concentrations ou non pour une opération sous les seuils, du simple fait de décisions antérieures de l'Autorité ou de la Commission la concernant ou non. S'agissant de l'encadrement temporel entre la date de la décision antérieure et celle de la notification, il apparaît nécessaire que la notification obligatoire s'applique même lorsque la décision antérieure sur laquelle se fonde la notification fait l'objet d'un recours. Au risque sinon, de priver cette option de toute effectivité en pratique, et en particulier dans les marchés numériques qui sont par nature dynamiques.

En second lieu, cette option permettra d'assurer un contrôle effectif des opérations de concentration sous les seuils mises en œuvre par les très grandes entreprises du numérique, qui constituent en pratique la majorité des opérations soulevant des problématiques de concurrence dans ce secteur. En effet, ce contrôle effectif sera assuré d'une part, par la désignation en tant que gatekeeper par la Commission (sept entreprises à ce jour²) et d'autre part, par les nombreuses décisions de l'Autorité ou de la Commission prises tant en contrôle des concentrations qu'en matière d'abus de position dominante les concernant.

Aux fins d'assurer l'application la plus complète possible du contrôle sous les seuils aux très grandes entreprises du numérique, il pourrait être pertinent d'ajouter celles désignées comme "Very Large Online Platforms" (VLOPs) par la Commission en vertu du Digital Services Act (DSA). Du fait de critères de définition moins stricts que ceux de gatekeeper tel que défini par le DMA, la définition de VLOP s'applique à un plus large périmètre de très

¹ Article 9§4 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

² https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en

grandes entreprises du numérique mais qui possèdent en tant que très grandes plateformes un pouvoir considérable, “*compte tenu de leur portée et de leur rôle particuliers*”³.

III. Limiter l'intervention de l'Autorité à l'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles postérieurement à la réalisation d'opérations de concentration (“Option 3”)

La dernière option consistant à s'en tenir à la possibilité offerte par le droit positif de revoir *a posteriori* les concentrations sous les seuils nationaux sur le fondement du droit des abus de position dominante (101 TFUE et L.420-1 du Code de commerce) et du droit des ententes (102 TFU et L.420-2 du Code de commerce) apparaît peu appropriée et ne semble constituer un horizon souhaitable, du fait de la forte insécurité juridique qu'elle instaure sur les entreprises parties à une concentration sous les seuils nationaux.

En effet, selon cette option, les opérations de concentration sous les seuils font face au risque d'être remises en cause alors qu'elles ont déjà été réalisées, ce qui soulève d'importantes difficultés en termes de sécurité juridique. En particulier, jusqu'où dans le temps l'Autorité pourrait-elle remonter pour examiner une opération, quelle est la sanction applicable, notamment une dissolution de la concentration ou des engagements. De telles incertitudes pesant sur les concentrations sous les seuils posent, en outre, la question de l'égalité de traitement par rapport aux concentrations remplissant les seuils nationaux.

³ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques, paragraphe 48.

**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
Observations de Linklaters¹**

Observations générales

1. L'opportunité de commenter l'introduction d'un éventuel système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur doit être accueillie favorablement.
2. D'emblée, il convient de noter que les concentrations inférieures aux seuils et susceptibles de nuire à la concurrence renvoient à la question de l'« *enforcement gap* » selon laquelle, pour l'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** »), les seuils actuels ne permettraient pas de capturer l'ensemble des transactions qui nécessiteraient d'être examinées. Ce qui est plus particulièrement en jeu, ce sont les « *acquisitions prédatrices* » (« *killer acquisitions* »), c'est-à-dire les acquisitions par des entreprises dominantes d'entreprises innovantes ayant des chiffres d'affaires en deçà des seuils. De telles acquisitions empêcheraient ces entreprises innovantes de se développer par elles-mêmes, potentiellement au détriment de la concurrence et, en définitive, des consommateurs.
3. Il s'agit d'un sujet déjà ancien qui a donné lieu à des réflexions et débats portant notamment sur le contrôle des participations minoritaires ou l'introduction de seuils basés sur la valeur des transactions ou à travers des parts de marché comme en Espagne ou au Portugal. Ces différentes pistes ont finalement été abandonnées. L'Autorité mentionne à juste titre la première consultation sur la question de l'introduction d'un mécanisme de contrôle ciblé des opérations de concentrations sous les seuils de notification, qui s'est déroulée en juin 2018.
4. Les enjeux de cette consultation doivent également tenir compte des enseignements tirés de quatre années de mise en œuvre de la nouvelle interprétation de l'article 22 par la Commission européenne (la « **Commission** »), de septembre 2020 jusqu'à l'arrêt *Illumina / Grail* de la Cour de justice en septembre 2024². Il en ressort qu'il y a finalement eu peu de cas, la Commission n'ayant été saisie que de quatre affaires. Cependant, même s'il s'agit d'un volume relativement limité, l'impact a néanmoins été significatif pour les entreprises concernées. En effet, les trois affaires qui ont fait l'objet d'une analyse approfondie par la Commission ont finalement été soit interdites³, soit abandonnées parce que la Commission était sur le point de les interdire⁴. Dans le quatrième cas, les demandes de renvois ont été retirées par les États membres avant que la Commission ne puisse procéder à une analyse, de sorte que le résultat final reste inconnu⁵. Malgré les orientations de la Commission, la potentialité d'un tel renvoi n'a pas été jugée suffisamment prévisible par les entreprises et a globalement généré une forte incertitude juridique. En raison de l'impact majeur qu'un renvoi est susceptible d'avoir sur le calendrier et la mise en œuvre d'une transaction, il est devenu impératif pour les parties d'envisager systématiquement le risque d'un tel renvoi.

¹ Ces observations sont pour partie le résultat de discussions avec l'*Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence* (APDC), des confrères et des clients ainsi que des commentaires reçus de leur part.

² C-611/22, 3 septembre 2024, *Illumina/Grail*.

³ M.10188, *Illumina/Grail*.

⁴ M.11212, *Qualcomm/Autotalks* ; M.11241, *EEX/Nasdaq Power*.

⁵ M.11671, *Microsoft/Inflection*. Ces retraits sont intervenus à la suite de l'arrêt *Illumina/Grail* précité.

5. Cela dit, les seuils français actuels établissent déjà un équilibre entre la nécessité d'examiner les concentrations potentiellement les plus problématiques et la charge administrative que représente le traitement d'une notification tant pour l'Autorité que pour les parties. Le relèvement des seuils de chiffres d'affaires français attendu dans les prochains mois à la demande de l'Autorité montre que cet équilibre doit être actualisé, mais son principe n'est pas remis en cause.
6. A ce stade, il convient de citer la Cour de justice pour qui la nouvelle interprétation de l'article 22 par la Commission « *compromet[ait] l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration* »⁶. Des seuils exprimés en chiffres d'affaires répondent parfaitement à ces objectifs.
7. Il est donc important que toute révision qui serait adoptée ne compromettent pas la prévisibilité et la sécurité juridique de l'actuel régime français en essayant de contrôler ce qui ne représentera probablement qu'un nombre limité de cas problématiques. Comme l'a déclaré Margrethe Vestager, « *[w]hat is needed is the ability to find that one fish in the pond that could be problematic, and to catch it in a way that is proportionate to the problem* », ajoutant que « *[t]here are several ways to allow the Commission to find the right fish. None of them, however, seems optimal at this stage* »⁷.

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

8. Par nature, un pouvoir d'évocation trop discrétionnaire irait à l'encontre de la notion de sécurité juridique. Dans la mesure où ce mécanisme serait adopté, un tel pouvoir doit être limité par des critères clairs et objectifs, mais aussi, et plus encore peut-être, par des limites procédurales afin de réduire autant que possible l'incertitude générée, comme l'a d'ailleurs suggéré l'Autorité.
9. **Un seuil en chiffre d'affaires qui soit adapté.** Un seuil en chiffres d'affaires ne répondrait que partiellement à cet objectif.
10. Tout d'abord, l'Autorité suggère un seuil basé sur le chiffre d'affaires cumulé des parties en France. Cela reviendrait à un système similaire ou presque à ce qui est en place dans cinq des dix juridictions de l'Espace Economique Européen (« **EEE** ») qui disposent déjà d'un pouvoir d'évocation :
 - Danemark : chiffre d'affaires cumulé de 6,7 millions d'euros ;
 - Hongrie : chiffre d'affaires cumulé de 12,6 millions d'euros ;
 - Islande : chiffre d'affaires (mondial) cumulé de 9,9 millions d'euros ;
 - Italie : chiffre d'affaires cumulé de 567 millions d'euros ou chiffres d'affaires de 32 millions d'euros pour au moins deux parties ; et
 - Suède : chiffre d'affaires cumulé de 87,1 millions d'euros.
11. Toutefois, il apparaît plus raisonnable que ce seuil soit basé sur les chiffres d'affaires réalisés en France par chacune des parties, et non sur leurs chiffres d'affaires cumulés, comme c'est le cas en Italie même si, pour cette juridiction, cela vient en plus du chiffre d'affaires cumulé (cf. le paragraphe ci-dessus).
12. Pour les entreprises dont le chiffre d'affaires en France est très élevé, en particulier les entreprises de taille mondiale, toute transaction pourrait déclencher l'application du seuil même si la cible ne

⁶ C-611/22, 3 septembre 2024, Illumina/Grail, §206.

⁷ M. Vestager, 28^e conférence annuelle sur la concurrence de l'International Bar Association, 6 septembre 2024.

génère pas un montant minimal de revenus, ou de revenus prévus dans un avenir proche sur la base de son plan d'affaires, en France. Il en résulterait que des opérations n'ayant qu'un lien très limité ou inexistant avec la France pourraient faire l'objet d'une procédure d'évocation. Même en Allemagne, où le seuil en valeur de transaction a été introduit, il est exigé que l'entreprise qui n'a pas (ou très peu) de chiffre d'affaires local y réalise tout même des activités « *substantielles* ».

13. Ensuite, le fait de réaliser un chiffre d'affaires important en France ne reflète pas nécessairement une position dominante, car tout dépend de la taille et de la structure du marché.
14. **L'exigence d'un *local nexus*.** Une façon de pallier l'étendue excessive d'un seuil basé uniquement sur le chiffre d'affaires cumulé des parties en France consisterait à adopter un *local nexus* avec une définition claire et précise. Bien que la tentation puisse exister de définir cette notion de *local nexus* de manière large pour donner à l'Autorité une flexibilité maximale, cela réduirait considérablement la prévisibilité quant au caractère notifiable d'une concentration. Cette notion ne doit donc pas être plus large que ce qui est strictement nécessaire pour identifier les opérations potentiellement problématiques du point de vue du droit de la concurrence.
15. **Consultation de l'Autorité.** La possibilité de se rapprocher de l'Autorité, comme cela est suggéré, est en effet nécessaire et devra être possible dans les mêmes conditions que pour la notification d'une concentration, c'est-à-dire lorsque les parties ont un projet suffisamment avancé. Pour être efficace, cette possibilité doit donner de la sécurité juridique quant à la question de savoir si l'Autorité exigera ou non la notification d'une concentration, ceci dans un délai rapide et bien défini (idéalement exprimé en jours ouvrables). L'Autorité devra indiquer le niveau d'information nécessaire pour se prononcer, sans requêtes excessives ou inutiles.
16. **Calendrier.** Enfin, le pouvoir d'évocation doit être limité dans le temps. Cette limitation doit être double :
 - dans le cas où la consultation de l'Autorité aboutit à la décision de ne pas évoquer la transaction, elle doit être donnée dans un court délai (comme mentionné ci-dessus) et, plus important encore, doit impliquer que l'Autorité s'abstiendrait également à l'avenir d'appliquer les articles 101 ou 102 du TFUE à l'affaire (voir l'Option 3 ci-dessous) ; ou
 - en l'absence de consultation, le pouvoir d'évocation doit être limitée à quelques mois, voire quelques semaines, après la réalisation de la concentration (« **closing** »), comme cela est le cas dans sept des dix juridictions qui ont mis en place un pouvoir d'évocation dans l'EEE :
 - Hongrie : 6 mois après le *closing* ;
 - Ireland : 60 jours ouvrés après le *closing* ;
 - Islande : 15 jours ouvrés après le *closing* ;
 - Italie : 6 mois après le *closing* ;
 - Lettonie : 12 mois après le *closing* ;
 - Lituanie : 12 mois après le *closing* ; et
 - Norvège : 3 mois après le *closing*.

En effet, les opérations les plus importantes (et donc les plus susceptibles de nuire à la concurrence) sont bien documentées dans la presse économique, et il appartient à l'Autorité de procéder à sa propre veille du marché.

17. Cette limitation dans le temps est d'autant plus importante que l'intégration d'une cible commence généralement immédiatement après le *closing*. Si l'Autorité devait finalement interdire la concentration, la re-cession de la cible plusieurs mois après le *closing* soulèverait d'évidentes difficultés pratiques (voir également s'agissant de l'Option 3 ci-dessous), en plus de fragiliser la cible sur le marché, ce qui irait à l'encontre de l'objectif poursuivi au titre du droit de la concurrence.

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)
18. **Absence de lien immédiat entre des futures concentrations et les cas envisagés par les Options 2 (i) et 2 (ii).** En ce qui concerne les critères (i) et (ii), il n'y a pas, à première vue, nécessairement de lien entre une concentration interdite ou avec engagements ou une décision de sanction/engagement pour abus de position dominante d'une part, et une nouvelle opération de concentration ultérieure qui se situerait en dessous des seuils d'autre part. Ces critères introduiraient également un traitement discriminatoire et sans limite de temps entre les entreprises qui ont fait l'objet d'une telle décision de concentration ou d'abus et les autres, sans que cela ne paraisse clairement justifié.
19. En outre, les décisions d'interdiction de concentrations sont rares car les parties confrontées à ce risque ont tendance à retirer leur notification et à renoncer à leur opération⁸. Cette tendance s'accroîtra si l'Option 2 (i) était retenue.
20. En ce qui concerne le critère de la position dominante, il convient de noter qu'en Suisse, pays dont l'Autorité indique s'être inspirée pour cette Option 2 (ii), ce n'est pas à proprement parler un abus qui est retenu, mais plutôt le fait qu'une entreprise ait été identifiée comme détenant une position dominante. En outre, ce seuil suisse ne s'applique qu'aux concentrations sur le même marché ou sur un marché voisin, amont ou aval.
21. **Le contre-exemple belge.** Il convient d'observer que l'autorité belge de la concurrence (l'« **ABC** ») a récemment ouvert une enquête sur le fondement de l'article 101 du TFUE.⁹ Cette affaire illustre parfaitement les raisons pour lesquelles les Options 2 (i) et (ii) ont peu de chances de fonctionner correctement.
22. En effet les parties dans cette affaire :
- ont été condamnées par l'ABC en 2013 pour entente et non pour abus de position dominante ; et

⁸ Voir par exemple Autorité, communiqué de presse du 22 septembre 2022, « *TF1/M6 : l'Autorité de la concurrence prend acte de la décision de Bouygues de retirer son projet d'acquisition* ».

⁹ ABC, communiqué de presse n°3/2005 du 22 janvier 2025, « *L'Autorité belge de la Concurrence ouvre une instruction préalable concernant de possibles effets anticoncurrentiels pouvant résulter du rachat par Dossche Mills des activités commerciales artisanales de Ceres dans le secteur de la farine* ».

- ont déjà tenté de procéder à cette transaction en 2019 (bien qu'avec un périmètre d'activités de la cible plus large de sorte que les seuils belges en chiffres d'affaires étaient alors atteints) mais, face à une interdiction probable de la part de l'ABC, la notification avait été retirée, ce qui a conduit à une absence de décision d'interdiction et l'abandon de la transaction.
23. **Un champ d'application trop large et des obligations qui se recouvrent avec l'Option (iii).** De même, le critère (iii) semble inadéquat pour plusieurs raisons.
24. Premièrement, il ne paraît pas justifié d'exiger des entreprises désignées comme contrôleur d'accès (« *gatekeepers* ») dans le cadre du DMA qu'elles notifient à l'Autorité l'ensemble de leurs transactions. La grande majorité d'entre elles n'auront aucun lien avec la France, et nombre d'entre elles pourraient ne pas avoir à être notifiées de tout. Il serait donc nécessaire *a minima* que ce critère intègre une notion de *local nexus* défini de manière précise (comme indiqué ci-dessus, cf. Option 1).
25. Deuxièmement, les *gatekeepers* disposent également d'un portefeuille diversifié d'activités. Une concentration donnée pourrait n'avoir aucun rapport avec le service de plateforme de base pour lequel une entreprise a été désignée *gatekeeper*.
26. Troisièmement, le fait de demander aux *gatekeepers* de notifier leurs transactions à l'Autorité ferait également double emploi, et serait donc inutile, avec l'information qui doit être faite de ces transactions à la Commission suivant l'article 14(a) du DMA. Celles-ci sont définies de manière suffisamment large pour que l'ensemble des concentrations réalisées par les *gatekeepers* soient concernées. De plus, dans la mesure où aucune exigence de *local nexus* n'est prévue, les *gatekeepers* doivent informer la Commission même lorsque ces transactions ne présentent aucun aspect européen. En définitive, cela ne pose pas de réelle difficulté dès lors qu'il ne s'agit que d'une information ne donnant pas nécessairement lieu à notification, alors que, selon l'Option 2 (iii), il ressort que cette notification serait obligatoire.
27. Enfin, l'article 14(a) du DMA restreint cette obligation d'information aux concentrations dans lesquelles le *gatekeeper* est l'acquéreur. La proposition de l'Autorité semble viser les opérations où le *gatekeeper* est indistinctement acquéreur ou vendeur. Si la difficulté identifiée avec *gatekeepers* concerne leur pouvoir de marché, l'obligation de notifier leurs cessions semble injustifiée.

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

28. Comme mentionné par l'Autorité, l'application de l'article 102 du TFUE a été confirmée par la jurisprudence Towercast de la Cour de justice et de la Cour d'appel de Paris¹⁰. Par ailleurs, l'Autorité a déjà appliqué l'article 101 du TFUE à une concentration selon le même raisonnement juridique que dans la jurisprudence Towercast, dans sa décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage¹¹.
29. De fait, les pouvoirs de l'Autorité sont donc suffisamment étendus pour examiner des concentrations même après *closing*. En tout état de cause, ces pouvoirs ne doivent être utilisés que dans des circonstances exceptionnelles. Sur ce point, Juliane Kokott a indiqué que l'utilisation de l'article 102

¹⁰ C-449/21, 16 mars 2023, Towercast et arrêt 20/04300 de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2024.

¹¹ Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

du TFUE par les États membres pour examiner des concentrations devrait rester d'une « *absolue exception* »¹².

30. **Clarification du test juridique de l'article 102 du TFUE.** Selon la jurisprudence Towercast, l'Autorité ne peut agir que si l'acquéreur est déjà en position dominante avant l'opération et sur le même marché que celle-ci. Elle précise également que le niveau de concentration résultant de l'opération devrait « *entrav[er] substantiellement la concurrence* » sur le marché pour être sanctionné¹³. Le test juridique est donc plus élevé que pour l'application habituelle de l'article 102 du TFUE et devrait être appliqué en conséquence par l'Autorité.
31. Incidemment, il convient également de noter que l'Autorité peut utiliser l'article L.430-9 du code de commerce qui donne la possibilité de modifier ou même de dénouer une concentration qui aurait facilité un abus de position dominante. Cela doit également être vu comme un outil rendant le recours à l'article 102 du TFUE moins justifiable.
32. **Inadéquation de l'article 101 du TFUE**¹⁴. En ce qui concerne l'article 101 du TFUE, de nombreuses questions sont soulevées quant à son adéquation avec l'examen de changements structurels sur un marché, par opposition à des simples pratiques anticoncurrentielles. Bien que la plupart des concentrations prennent la forme d'un contrat entre les parties, constituant ainsi un accord relevant de l'article 101 du TFUE, un simple acte d'achat et de vente entre entreprises ne devrait pas être considéré comme anticoncurrentiel par objet. S'il était considéré comme tel, cela impliquerait en réalité l'existence d'un autre accord, distinct de l'acte d'achat et de vente. C'est ce qu'a examiné l'Autorité dans la décision 24-D-05 précitée, où l'Autorité a vérifié si la concentration était assimilable à un partage de marché, anticoncurrentiel par objet, pour conclure que ce n'était pas le cas en l'espèce¹⁵.
33. En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels, là encore l'impact d'une transaction sur le marché est de nature structurelle et non comportementale. La transaction elle-même est neutre : l'impact effectif sur le marché sera postérieur à la transaction et résultera du comportement unilatéral du l'acquéreur.
34. **La procédure des articles 101 et 102 du TFUE n'est pas adaptée.** D'un point de vue procédural, l'application des articles 101 ou 102 du TFUE soulève de nombreuses questions.
35. L'expérience montre que la durée de la procédure est beaucoup plus longue que celle d'un examen au titre du contrôle des concentrations (y compris en tenant compte de la phase de pré-notification), ce qui n'est pas adapté à la vie des affaires et à la nature d'une opération de concentration.
36. La question de la prescription se pose également, car l'Autorité pourrait agir au minimum pendant cinq ans à compter du *closing*, voire dix ans en cas d'enquête, et potentiellement aussi longtemps que l'effet anticoncurrentiel de la transaction, s'il y en a un, perdurerait, car le délai de prescription ne peut commencer à courir qu'à partir du moment où la pratique anticoncurrentielle a pris fin.
37. **Les sanctions semblent inadéquates.** En premier lieu, les amendes ont un but punitif, qui n'existe pas en contrôle des concentrations, hormis les cas de *gun-jumping*. Par conséquent, il ne serait pas

¹² Competition Merger Brief 3/2024, Octobre 2024, Celebrating '20 Years that Made a Difference' of the EU Merger Regulation.

¹³ C-449/21, 16 mars 2023, Towercast, §52.

¹⁴ Sur cette inadéquation, voir les commentaires dans l'article de Anne Wachsmann, Nicolas Zacharie, *Towercast and article 101 TFUE: mirage or reality? Lessons to learn from the first case before the French competition authority 24-D-05 of 2 May 2024*, Journal of European Competition Law & Practice, 2025, Ipa079.

¹⁵ Décision 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, notamment le §157.

approprié d'imposer des amendes à l'acheteur, et plus encore au vendeur si l'article 101 du TFUE était appliqué.

38. En second lieu, des remèdes pourraient éventuellement être mis en œuvre, si l'acheteur a la possibilité de recéder tout ou partie de la cible à un tiers. Cependant, si aucune cession n'est envisageable, l'accord réalisant la transaction devrait être considéré comme anticoncurrentiel et donc nul de plein droit en vertu de l'article 101, paragraphe 2, du TFUE et de l'article L.420-3 du code de commerce. Cela soulèverait une question pratique : un acheteur tiers serait-il disposé à acquérir la cible sans être certain que l'acquéreur cédant en est bien le propriétaire légal ? De telles conséquences, qui ne peuvent être évitées d'un point de vue juridique, méritent une réflexion approfondie.

* * *

CONCENTRATIONS SOUS LES SEUILS

RÉPONSE DU MEDEF À LA CONSULTATION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Réponse du MEDEF à la consultation de l'Autorité de la concurrence

Concentrations sous les seuils

L'Autorité a ouvert une 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 (ci-après, les Concentrations sous les seuils).

L'Autorité invite les parties à présenter leurs observations sur trois options :

- **Option 1** : un pouvoir d'évocation de l'Autorité sur la base de critères quantitatif et qualitatif,
- **Option 2** : une nouvelle obligation de notification pesant sur les entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché,
- **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.

Cette consultation s'inscrit dans le prolongement d'une première consultation en **2017** qui avait notamment conduit l'Autorité à écarter l'introduction de seuils calculés en parts de marché ou en valeur de transaction.

En **2018**, en réponse à une nouvelle consultation de l'Autorité sur l'introduction d'un contrôle *ex post* des concentrations, le MEDEF avait indiqué que cette option ne faisait pas consensus en son sein, mais que la majorité des membres qui avaient contribué à ces travaux y étaient opposés et exprimaient de vives réserves et préoccupations sur le principe même d'un tel contrôle et subsidiairement, sur sa mise en œuvre.

En **septembre 2020**, la Commission européenne annonçait un changement d'approche dans la mise en œuvre de la procédure de renvoi au titre de l'article 22 du Règlement Concentrations, invitant les autorités nationales à lui renvoyer l'examen d'opérations remplissant les critères de cet article, y compris lorsque celles-ci ne franchissent pas les seuils de notification au niveau national. Cette approche répondait notamment à une demande exprimée par la France de mobiliser de façon plus efficace l'outil de contrôle des concentrations à l'échelle européenne.

Par son **arrêt Illumina/Grail du 3 septembre 2024**, la Cour de Justice de l'Union européenne a invalidé le changement d'approche de la Commission européenne, insistant sur l'impératif de sécurité juridique du contrôle des concentrations ; la Cour souligne que l'interprétation de la Commission compromet l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration.

Le MEDEF ne peut que souscrire à ces principes.

A titre liminaire, le MEDEF note que la consultation de l'Autorité porte sur les **modalités d'introduction en France d'un système de contrôle des Concentrations sous les seuils**, sans questionner, ni *a fortiori* justifier, **le principe d'un tel contrôle**.

Le MEDEF ne conteste pas la préoccupation de l'Autorité d'appréhender ce type de concentrations ; il est en effet de la responsabilité des autorités de concurrence de chercher à préserver l'innovation en termes de disponibilité de cette dernière ou d'incitation à innover dans le cadre de marchés concurrentiels.

Le MEDEF estime cependant que toute modification du cadre existant de contrôle des concentrations devrait reposer sur une **analyse précise (quantitative et qualitative)** des opérations que le nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils tendrait à appréhender.

- **C'est essentiel pour apprécier l'opportunité d'introduire un nouvel outil et, le cas échéant, son efficacité et son caractère proportionné.**

Le Document de consultation ne fournit aucun élément à cet égard ; il indique seulement que depuis plusieurs années, l'Autorité constate 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.** »

Selon les données disponibles, **de 2021 à 2024**, sur **100** opérations candidates au renvoi examinées, seulement **3** demandes ont été acceptées dans le « *nouveau* » cadre fixé par la Commission : Illumina /Grail en 2021, Qualcomm/Autotalks et Nasdaq Power en 2023 ; l'Autorité a été à l'initiative du renvoi dans les deux affaires Illumina/Grail et Qualcomm/Autotalks.¹

L'Autorité devrait donc confirmer la nature et la typologie des opérations qu'elle entendrait pouvoir contrôler et fournir une estimation/un ordre de grandeur du nombre d'opérations que ces cas pourraient/devraient représenter.

- **Cette analyse conditionne également la question de savoir quel serait le meilleur niveau d'intervention, national ou européen.**

La **lettre de mission de Madame Teresa Ribera**, Commissaire en charge de la concurrence, mentionne expressément la lutte contre les acquisitions prédatrices de petites entreprises innovantes par des entreprises extra-européennes.

Plus largement, la Commission européenne entend promouvoir une nouvelle approche en matière de politique de concurrence qui devra notamment se refléter dans la manière dont sont appréciées les opérations de concentration afin que l'innovation et la résilience soient pleinement prises en compte ; une révision des lignes directrices sur les concentrations est annoncée dans la feuille de route de la Commission (*A competitiveness Compass for the EU* -29.01.2025).

La réflexion de l'Autorité devrait donc s'articuler avec les initiatives que la Commission européenne prendra en la matière.

Par ailleurs, le Document de consultation souligne que des **mécanismes similaires existent dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne**. Des mécanismes similaires à l'Option 1 existent déjà dans 10 Etats membres de l'Espace économique européen et sont envisagés dans plusieurs autres Etats membres de l'Union Européenne ; plusieurs juridictions en dehors de l'EEE disposent également de tels dispositifs. L'Option 2 s'inspire d'un mécanisme existant en Suisse.

Aucun bilan (quantitatif et qualitatif) n'est fourni quant à l'efficacité de ces textes et à leur impact.

Pour les entreprises, la multiplication des réglementations nationales, qui plus est hétérogènes, rend la mise en œuvre du contrôle des concentrations plus complexe et moins prévisible. L'introduction d'un nouveau mécanisme en France de contrôle des Concentrations sous les seuils, quel qu'il soit, complexifierait encore le contrôle des concentrations et serait susceptible d'affecter les investissements français et étrangers en France.

Par ailleurs, le risque qu'un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils produise un effet inverse à l'objectif recherché (désincitation à innover) devrait aussi être pris en compte.

Enfin, 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 TFUE (et/ou des dispositions équivalentes en droit national), postérieurement à leur réalisation et dans la limite des délais de prescription ; l'Autorité indique que cette option ne nécessite pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France.

Le MEDEF estime donc qu'il est indispensable, avant toute décision de mise en place d'une telle procédure, d'évaluer sur la base d'une analyse précise et documentée, la proportionnalité entre le besoin existant et le coût en termes de contraintes pour les entreprises (et de moyens supplémentaires pour l'Autorité) et plus largement son impact sur l'économie.

¹ Quelle sécurité juridique pour les opérations de concentration sous les seuils après Illumina/Grail ? E. Chantrel, BRDA 2/25

Les observations ci-après sont formulées sous ces réserves liminaires.

Chaque Option doit être analysée au regard des **principes essentiels pour les entreprises** que sont d'une part, l'efficacité et la proportionnalité du mécanisme (capacité du mécanisme à appréhender au plus près un nombre très restreint de Concentrations sous les seuils et donc à limiter les effets de bord pour l'ensemble des entreprises) et d'autre part, la prévisibilité du contrôle et donc la sécurité juridique des entreprises.

Dans un contexte où les politiques publiques tendent à la simplification, la charge administrative et le coût supplémentaire pour les entreprises d'un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils devraient bien évidemment être également pris en considération.

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

En réponse à la **consultation de 2018** (cf. supra), le MEDEF indiquait que si l'Autorité s'engageait dans la voie d'un contrôle *ex post*, un tel contrôle ne devrait pas pouvoir être mis en place :

- sans que le champ d'application du contrôle soit limité et strictement encadré,
- sans que l'intervention de l'Autorité soit limitée dans le temps,
- un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité devrait être complété d'un mécanisme de déclaration préalable sans effet suspensif ou, alternativement, de notification volontaire, laissé à la libre appréciation des parties.

Le Document de consultation indique que le dispositif serait ciblé et encadré dans le temps :

- (i) Seules seraient soumises au pouvoir d'évocation de l'Autorité les opérations de concentration qui franchissent un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France et qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire.
- (ii) 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 internationale.
- (iii) 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.

Le Document de consultation ne précise pas un élément essentiel qui est le **seuil de chiffre d'affaires** qui serait retenu. Un seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties réalisé uniquement en France pèserait plus sur les acteurs français et européens, qu'extra-européens qui sont moins implantés en France. Il est probable que ce seuil de chiffre d'affaires serait franchi automatiquement par toutes les grandes entreprises implantées en France.

Dans l'hypothèse où le seul chiffre d'affaires de l'acquéreur permettrait de déclencher le pouvoir d'évocation, le contrôle reposerait en pratique, exclusivement sur ce deuxième critère. Or, la notion d'opérations qui **menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire** est source de difficultés d'interprétation et d'insécurité juridique pour les entreprises que la simple publication de lignes directrices ou la possibilité de se rapprocher de l'Autorité en cas de doute, ne permettra pas de lever entièrement.

Le MEDEF souligne par ailleurs, la nécessité d'intégrer un critère clair de rattachement de la cible (*nexus local*).

L'Autorité semble en outre se réserver la possibilité de communiquer l'injonction de notifier 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 internationale) qui n'est pas indiqué (le MEDEF estimait dans sa réponse à la consultation de 2018 qu'il ne devrait pas excéder trois mois ; un délai pose aussi la question de son terme *a quo*).

En réponse à la consultation de 2018, le MEDEF indiquait qu'un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité devrait être complété d'un mécanisme de déclaration préalable sans effet suspensif ou, alternativement, de notification volontaire laissé à la libre appréciation des parties. Il s'agissait ainsi de permettre aux entreprises de disposer d'une sécurité juridique dans le cadre de la réalisation effective de leur opération. L'Autorité ne disposerait d'un pouvoir d'évocation *ex post* que sur les opérations qui menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire qui ne lui auraient pas été volontairement soumises. Ce pouvoir d'évocation *ex post* devrait reposer sur les mêmes principes que ceux conduisant les entreprises à procéder à une auto-évaluation de leur opération.

Le Document de consultation ne fournit donc pas les informations nécessaires pour permettre de lever les préventions sur un mécanisme *ex post* qui serait source d'insécurité juridique et de coûts pour les entreprises, sans être assuré qu'il atteindrait sa cible (qui n'est pas suffisamment définie et étayée dans le Document de consultation de l'Autorité).

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)

La notification d'une opération de concentration est une contrainte lourde pour les entreprises.

La création d'un nouveau cas de notification obligatoire, par principe contraire à la volonté de simplifier le contrôle des concentrations, ne devrait donc pouvoir être envisagée que de manière ciblée avec l'assurance que les opérations des entreprises qui seraient soumises à cette obligation présentent des risques avérés d'atteinte à la concurrence et soient, par construction, en nombre limité.

- (i) **Une décision d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations, ou**
- (ii) **Une décision de sanction ou d'engagements en pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du code de commerce.**

Une décision d'interdiction ou d'autorisation avec engagements en contrôle des concentrations ou une décision de sanction ou d'engagements sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante repose sur une **analyse au cas par cas** (acquisition, création d'une entreprise commune, qualification d'un comportement sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante, ...) qui ne permet pas d'extrapoler/ de présumer que les opérations à venir de ces entreprises pourraient soulever des difficultés au regard du droit de la concurrence.

Si on prend l'exemple de la première décision d'interdiction prononcée par l'Autorité de la concurrence en 2020, elle était motivée par le fait qu'elle aurait entraîné la constitution d'un duopole entre les enseignes d'hypermarché Carrefour et E. Leclerc dans l'agglomération troyenne, facilitant la mise en place d'un comportement de coordination tacite dans la zone de chalandise concernée. Il s'agit d'une problématique au niveau local très éloignée de l'objectif que semble poursuivre l'Autorité.

La deuxième hypothèse présenterait l'écueil supplémentaire de mélanger le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles qui relèvent de règles et d'objectifs différents, ce qui brouillerait encore plus les lignes entre ces deux pans du droit de la concurrence.

De plus, la **mise en œuvre d'un tel mécanisme** serait éminemment **complexe** ; elle nécessiterait un ciblage du contrôle sur le territoire national concerné par les précédents (même territoire, mêmes activités). Elle nécessiterait un critère temps ; l'Autorité considère qu'il n'est pas nécessaire que la décision soit purgée de tout recours (contrairement au mécanisme Suisse qui exige que la décision soit définitive) ce qui pose une question de principe et au-delà, des difficultés majeures, eu égard au caractère irréversible des mesures qui peuvent être prises dans le cadre du contrôle des concentrations. Elle poserait également des questions de détermination de la personne qui serait soumise à cette obligation dans le cas notamment de groupes de sociétés, de création d'entreprises communes, ...

(iii) **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)**

Ce troisième cas de notification serait ciblé sur des acteurs (contrôleurs d'accès), des services (services de plateforme essentiels) et des problématiques identifiées par les autorités de concurrence. Sa mise en œuvre serait simplifiée ; les autorités pourraient notamment s'appuyer sur l'article 14 du Digital Markets Act (DMA) qui impose aux contrôleurs d'accès une obligation d'information de la Commission sur leurs concentrations lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de la concentration fournissent des services de plateforme essentiels ou d'autres services dans le secteur numérique, ou permettent la collecte de données.

Cette option pourrait le cas échéant être approfondie sur la base d'une analyse précise des cas qui mériteraient d'être appréhendés et dans le cadre d'une réflexion plus globale au niveau européen, s'agissant d'un Règlement européen dont la mise en œuvre relève de la Commission européenne.

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 national, postérieurement à leur réalisation et dans la limite des délais de prescription. A la différence des deux options précédentes, celle-ci ne nécessite pas de modification du cadre juridique actuellement applicable en France.

L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à une opération de concentration n'est pas satisfaisante ; elle s'inscrit dans le cadre de procédures longues, complexes et coûteuses et expose les entreprises à des sanctions lourdes après la réalisation d'une opération de concentrations allant jusqu'à des mesures structurelles, dans le délai de prescription en matière de pratiques anticoncurrentielles.

S'agissant de textes qui s'appliquent *ex post*, en concurrence avec les règles sur le contrôle des concentrations, il est indispensable que les entreprises aient de la lisibilité et de la visibilité sur la façon dont l'Autorité entend faire application de ces dispositions en matière de concentrations.

Des lignes directrices sont attendues par les entreprises ; elles devraient notamment préciser dans quels cas l'Autorité envisage de faire application de ces textes, l'analyse concurrentielle et l'articulation de ces dispositions avec les règles du contrôle des concentrations, le cas échéant complétées par un nouveau mécanisme. Si un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils était introduit, il devrait, en toute logique, primer sur le recours au droit des pratiques anticoncurrentielles et rendre le recours à ce dernier, très résiduel, voire obsolète.

Pour conclure :

L'introduction d'un nouveau mécanisme de contrôle des Concentrations sous les seuils, quel qu'il soit, serait une source de complexité supplémentaire pour les entreprises. Toute réforme qui serait envisagée nécessite de prendre en compte le nombre très limité d'opérations qu'il conviendrait d'appréhender ; ceci est particulièrement important dans le contexte économique et géopolitique actuel.

Le MEDEF appelle à une réflexion approfondie qui intègre le niveau européen pour trouver une solution satisfaisante à ces questions.

Toute nouvelle initiative en France devrait être pensée et articulée avec les décisions qui seront prises au niveau européen pour lutter contre les acquisitions prédatrices de petites entreprises innovantes par des entreprises extra-européennes et plus largement, réformer le contrôle des concentrations au bénéfice de l'innovation et des grands enjeux stratégiques de l'Union européenne.

Elle devrait également être appréhendée dans un cadre plus large qui intègre d'autres instruments parmi lesquels le contrôle des investissements étrangers et la réglementation européenne sur les subventions étrangères.

**Contribution de Nestlé S.A et Nestlé France S.A.S à la consultation publique de
l'Autorité de la concurrence 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 notification en vigueur**

Introduction

1. **Nestlé S.A et Nestlé France S.A.S (« Nestlé »)** présentent ci-après leurs observations dans le cadre de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** ») le 14 janvier 2025 relative à l'introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification (la « **Consultation publique** »)¹.
2. Nestlé souhaite contribuer aux réflexions de l'Autorité sur une problématique qui s'inscrit dans le cadre des discussions plus larges au niveau européen et qui est susceptible d'impacter la vie des affaires des entreprises européennes, notamment en créant un désavantage concurrentiel vis-à-vis des entreprises situées en dehors de l'Europe (incluant aux Etats-Unis).
3. De façon générale, Nestlé considère que les différentes options envisagées par l'Autorité et la Commission européenne (« **Commission** ») doivent être conformes à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (« **Cour de Justice** ») dans l'affaire *Illumina/ Grail*. La Cour de Justice a rappelé que le système de contrôle des concentrations mis en place au niveau européen doit (i) assurer un contrôle dans des délais compatibles à la fois avec les exigences d'une bonne administration et celles de la vie des affaires, et (ii) être efficace et prévisible pour les entreprises, tout en garantissant la sécurité juridique. Les entreprises doivent pouvoir aisément déterminer si leur projet d'opération doit faire l'objet d'un examen préalable et si oui, par quelle autorité et dans quel délai.²
4. **Les différentes options envisagées par l'Autorité dans le cadre de la Consultation publique sont susceptibles de :**
 - **créer une importante insécurité juridique avec une quasi-impossibilité pour Nestlé d'anticiper une intervention de l'Autorité au titre du contrôle des concentrations ; et**
 - **avoir un impact sur des entreprises de toutes les industries alors qu'elles sont à l'origine conçues pour contrôler des concentrations dans certains secteurs tels que les marchés numériques.**
5. **Si l'Autorité décidait de retenir une des options envisagées, son utilisation devrait demeurer exceptionnelle et être strictement encadrée tant du point de vue des produits ou services identifiés comme étant « à risque » en contrôle des concentrations, de son *timing* que de sa dimension géographique afin de garantir un respect de la vie des affaires, un lien suffisant avec le territoire français et une temporalité d'intervention raisonnable.**
6. Nestlé attire également l'attention de l'Autorité sur la nécessité d'une approche cohérente entre les options envisagées dans le cadre de la Consultation publique et le rehaussement des seuils prévu par

¹ Voir le communiqué de presse de l'Autorité du 14 janvier 2025, disponible à : [Ouverture d'une consultation publique sur l'introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification | Autorité de la concurrence](#) ; et la consultation publique du 14 janvier 2025, disponible à : [Consultation publique concentrations sous les seuils_VF.pdf](#).

² Arrêt de la Cour de Justice du 3 septembre 2024, *Illumina/ Grail*, C-611/ 22 P et C-625/ 22 P, EU:C:2024:677, points 204, 206, 208 et 209.

le projet de loi de simplification de la vie économique. Si l'objectif affiché du rehaussement est une diminution d'environ 30% du nombre de concentrations notifiées à l'Autorité³ après un nombre record de concentrations examinées en 2024 (295), la Consultation publique ne doit pas déboucher sur un contrôle d'un nombre équivalent de concentrations ne franchissant actuellement pas les seuils.

7. Dans ce contexte, Nestlé formule ci-après ses observations spécifiques sur les trois options identifiées par l'Autorité, à savoir l'introduction d'un pouvoir évocation (ou « *call-in* ») au profit de l'Autorité (« **Option 1** ») (1), l'introduction d'un nouveau critère de notification obligatoire pour certaines entreprises ayant fait l'objet de certaines types de décisions par l'Autorité et la Commission (« **Option 2** ») (2) et enfin l'utilisation du droit de la concurrence postérieurement à la réalisation des opérations de concentration concernées (« **Option 3** ») (3).

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

8. Nestlé s'oppose vivement au principe même de l'introduction de ce mécanisme qui ne répond pas aux exigences d'efficacité, de prévisibilité et de sécurité juridique, quels que soient les critères quantitatif et qualitatif retenus par l'Autorité. En effet :
- le pouvoir d'évocation et le *timing* d'une injonction de notifier (que ce soit avant ou après la réalisation de l'opération) créent une forte imprévisibilité sur la structuration et le calendrier des transactions, ainsi qu'une complexité s'agissant tant de l'allocation des rôles et responsabilités respectives des parties impliquées que de la rédaction des conditions suspensives ; et
 - le flou entourant le concept d' « *affectation significative de la concurrence sur le territoire* » est susceptible de conférer à l'Autorité une discrétion absolue pour intervenir, ouvrant la porte à la possibilité d'une utilisation inappropriée pour des concentrations n'impactant pas la concurrence.

2 **Option 2 : l'introduction d'un nouveau critère de notification obligatoire pour certaines entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché présumé**

9. L'Option 2 identifiée par l'Autorité consiste en l'introduction d'un nouveau critère de notification obligatoire pour les entreprises disposant d'un « *certain pouvoir de marché* » constaté par une décision de l'Autorité ou de la Commission rendue en matière de contrôle des concentrations, de pratiques anticoncurrentielles ou enfin au titre du règlement européen sur les marchés numériques (ou « **Digital Markets Act** »)⁴.
10. Nestlé considère que l'ajout n'est pas acceptable pour les raisons suivantes :
- Le champ du nouveau critère n'est pas limité à certains secteurs : le critère proposé revient à transposer en droit français l'obligation d'information prévue par l'article 14 du *Digital Markets Act*. Or, le champ d'application de cette obligation d'information est strictement limité à certaines entreprises actives sur les marchés numériques qui ont des caractéristiques spécifiques.
 - L'existence d'une décision historique en matière de contrôle des concentrations ou des pratiques anticoncurrentielles ne saurait être une preuve suffisante de la détention par les entreprises visées d'un « certain pouvoir de marché ». Les décisions historiques ont également pu être adoptées sur la

³ Comme indiqué par J. Vidal, chef du service des concentrations de l'Autorité, dans le cadre d'un entretien publié par Décideurs Juridiques le 17 décembre 2024 (disponible à : <https://www.decideurs-juridiques.com/regulation-juridiques/60053-jean-vidal-se-pose-la-question-de-nos-systemes-fondes-uniquement-sur-les-chiffres-d-affaires-des-entreprises.html>).

⁴ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique.

base de circonstances spécifiques qui existaient au moment des faits, et qui ont pu évoluer significativement depuis.

- Séparément, les décisions rendant obligatoires des engagements n'établissent pas un constat définitif d'une position dominante ou d'une infraction, et résultent d'un choix stratégique de l'Autorité et de l'entreprise visée mettant fin à la procédure.

Il ne saurait par conséquent y avoir de notification « automatique », ce qui est susceptible de mobiliser des ressources importantes tant pour l'Autorité que pour les entreprises visées dans des cas où il n'y a eu aucune vérification contemporaine de détention d'un pouvoir de marché.

11. Les décisions historiques de l'Autorité visant Nestlé illustrent le caractère absurde de l'Option 2 :

- Alimentation pour chiens et chats⁵ : en 2012, l'Autorité reprochait notamment à Nestlé Purina Petcare France SAS (« **Purina** ») d'avoir mis en œuvre certaines restrictions verticales en s'entendant avec ses grossistes indépendants. L'Autorité s'était focalisée sur l'application par les grossistes des prix négociés entre Purina et les enseignes spécialisées qui s'approvisionnaient auprès des grossistes. L'Autorité avait considéré qu'il s'agissait d'une pratique de prix de revente imposés alors que cela correspondait en réalité à la situation visée par la Commission dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales s'agissant des « contrats d'exécution »⁶ et ne serait donc aujourd'hui pas qualifiée de pratique restrictive de concurrence.
- Machines expresso à café portionné et capsules compatibles avec les machines Nespresso⁷ : la décision d'engagements de l'Autorité en 2014 était basée sur une prétendue position dominante de Nespresso sur deux segments étroitement définis, c'est-à-dire les machines expresso à café portionné à haute pression (comprise entre 15 et 19 bars) et les capsules compatibles avec les machines Nespresso Original Line. **[CONFIDENTIEL]**⁸.

Cette décision est d'autant moins pertinente qu'il ne s'agissait pas d'une décision de sanction mais d'une décision rendant obligatoires des engagements stratégiquement offerts par l'Autorité et acceptés par Nespresso afin de mettre fin à une longue procédure.

12. Enfin, le critère proposé risque de conduire à une augmentation du nombre de concentrations notifiées dans la mesure où de nombreuses entreprises ont pu faire l'objet d'une décision préalable de l'Autorité et/ ou de la Commission, ce qui irait à l'encontre des objectifs affichés de l'Autorité d'efficacité et de réduction du nombre de concentrations (sans impact sur la concurrence) examinées.

13. Si l'Option 2 était retenue, Nestlé considère que seule une limite temporelle plafonnée à trois ans depuis le précédent retenu permettrait d'encadrer cette nouvelle obligation de façon suffisamment stricte et d'éviter ainsi de retenir comme précédents des décisions trop anciennes et sans pertinence pour l'analyse de l'Autorité.

⁵ Décision de l'Autorité n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats.

⁶ Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2022/C 248/01, paragraphe 193.

⁷ Décision de l'Autorité n° 14-D-09 du 4 septembre 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso.

⁸ **[CONFIDENTIEL]**.

3 Option 3 : limiter l'intervention possible de l'Autorité à la mise en œuvre des dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles postérieurement à la réalisation des opérations de concentration concernées

14. Nestlé considère que l'intervention de l'Autorité sur le fondement des dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles doit demeurer exceptionnelle et être strictement encadrée tant d'un point de vue matériel que temporel. La proposition actuelle de l'Autorité est problématique pour les raisons suivantes :
- Il serait impossible pour les entreprises d'anticiper une action initiée par l'Autorité postérieurement à la réalisation d'une concentration ; et
 - le *timing* de l'intervention de l'Autorité, la durée de la procédure et les pouvoirs conférés à l'Autorité doivent être précisés. Il semble nécessaire de limiter l'intervention de l'Autorité entre la signature et la réalisation de la concentration, et pas seulement postérieurement.

*

*

*

Consultation de l'Autorité de la Concurrence - Introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification

Observations d'Open Markets Institute

Introduction

En tant que membre de la société civile, nous sommes reconnaissants d'avoir l'opportunité de présenter des observations en réponse à la consultation de l'Autorité concernant la mise à jour des seuils de contrôle des concentrations.

Le travail d'Open Markets Institute consiste à promouvoir l'application du droit de la concurrence afin que nos démocraties soient préservées, nos sociétés soient plus justes et nos économies soient plus résilientes et innovantes. Pour ce faire, Open Markets Institute participe aux débats publics aux Etats-Unis et en Europe notamment en publiant des rapports et en soumettant des observations aux régulateurs. Notre organisation a par exemple publié un rapport intitulé « *Stopping Big Tech from Becoming Big AI : a Roadmap for Using Competition Policy to Keep Artificial Intelligence Open for AI* » en octobre 2024¹ et a participé à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'IA générative².

Actualiser les seuils juridictionnels français nous semble non seulement indispensable mais également urgent. La France est en retard, plus de 40 juridictions dans le monde ont déjà mis à jour leurs règles afin d'appréhender le rachat de sociétés émergentes ne dépassant pas les seuils juridictionnels mais pouvant pourtant soulever des préoccupations de concurrence³. Tant que le régime français restera inchangé, ces acquisitions continueront d'être mises en œuvre. L'Autorité doit désormais pouvoir agir avant que de telles opérations soient réalisées.

Certains rachats de petites sociétés peuvent effectivement soulever de sérieux problèmes de concurrence. Ces opérations peuvent conduire à la disparition d'une force concurrentielle qu'elle soit du côté de la cible ou de l'acquéreur (ce dernier peut absorber un actif et arrêter tout effort de développer un produit de son côté), deux scénarios qui affectent l'innovation et la qualité des produits sur les marchés. Cette stratégie permet à l'acquéreur de renforcer et protéger sa position dominante au détriment des utilisateurs, des entreprises rivales ou clientes mais également de l'économie dans son ensemble.

L'exemple du secteur digital est, à cet égard, criant. Les entreprises de la *Big Tech* ont déployé une stratégie consistant à renforcer et protéger leurs positions dominantes par la création d'écosystèmes gigantesques, l'érection de barrières commerciales et technologiques, la mise en œuvre de pratiques discriminatoires et le rachat de petites sociétés. Les acteurs de la *Big Tech* auraient racheté des centaines d'entreprises et très peu d'entre elles auraient été notifiées. En

¹ <https://www.openmarketsinstitute.org/publications/report-stopping-big-tech-big-ai-roadmap>.

² <https://www.journalismliberty.org/publications/comment-france-autorite-concurrence-competition-generative-ai>.

³ <https://www.hoganlovells.com/en/publications/call-in-the-merger-cavalry-how-new-intervention-powers-are-transforming-merger-control>.

construisant leur monopole, les acteurs contrôlent aujourd'hui des services devenus essentiels (comme le *cloud* ou les réseaux sociaux) pour les consommateurs, les PME, les *start-ups* mais aussi les gouvernements. Ceci rend nos sociétés entièrement dépendantes à leurs services et, de ce fait, affaiblit notre économie.

Plusieurs régulateurs constatent l'échec des règles de concurrence ayant permis à ces opérations de se réaliser, et réclament aujourd'hui que la situation antérieure à l'opération soit rétablie par une séparation des activités en cause. Des exemples incluent les services de publicité de Google, issus notamment du rachat de Google/Double Click et d'Admeld, et les réseaux sociaux Instagram et WhatsApp rachetés par Facebook⁴. Un rapport de la Commission a souligné qu'une mise en œuvre trop souple du droit de la concurrence aurait contribué, parmi d'autres facteurs, à la dégradation des conditions de concurrence lors des vingt dernières années⁵.

La France est concernée par ces problèmes puisque plusieurs opérations ont vu le jour sans être examinées mais ont pourtant affecté la concurrence. Il est donc impératif que le contrôle des concentrations français soit efficace et robuste. Cela permet d'assurer que les marchés demeurent concurrentiels et équitables, ce qui stimule l'innovation, la croissance et l'emploi.

Pour ce faire, les règles juridictionnelles doivent être mises à jour. Parmi les trois options envisagées par l'Autorité, le pouvoir d'évocation nous semble le plus équilibré afin d'atteindre plusieurs objectifs. Il permet notamment d'agir vite sans attendre une décision d'une autorité et est encadré par des conditions strictes, dont un seuil quantitatif, et des lignes directrices afin d'assurer un minimum de sécurité juridique.

1. Nos sociétés ont besoin d'un contrôle des concentrations robuste

Certains rachats de petites entreprises échappent au contrôle de concentration car les sociétés-cibles ne génèrent pas ou peu de chiffre d'affaires dans le pays concerné. C'est typiquement le cas de petites entreprises dans des secteurs niches, de *start-up* ou de société faisant de la recherche et développement. Pourtant, ces absorptions par des entreprises dominantes peuvent soulever de réelles préoccupations de concurrence pour plusieurs raisons.

Ce type de rachat peut en effet permettre à une entreprise dominante d'éliminer des concurrents (*killer acquisitions*), de cesser elle-même d'innover de son côté (*reverse killer acquisitions*), de renforcer et protéger sa position sur le marché en construisant un écosystème ou en procédant à une intégration verticale ou conglomérale. Ce type d'opération a alors un effet délétère sur plusieurs paramètres de concurrence dont l'innovation, les prix, la qualité ou la variété des produits.

Cette stratégie concerne l'économie entière et en particulier les secteurs digital et pharmaceutique.

- Dans le secteur digital (de la *Big Tech*): un rapport britannique a constaté que sur 400 opérations par les acteurs de la *Big Tech* entre 2008 et 2018, très peu d'entre elles auraient

⁴ Les autorités américaines et européennes ont déclaré envisager la séparation de services de publicité de Google du reste du groupe. L'autorité de concurrence américaine a déposé une plainte à l'égard de Facebook et sollicite la séparation de WhatsApp et Instagram du reste du groupe.

⁵ Commission européenne, DG concurrence, «*Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects* », 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/3714497>.

été notifiées et aucune interdite⁶. Une étude a aussi montré que sur 175 opérations réalisées entre 2015 et 2017 par les GAFAM (Google, Amazon, Microsoft, Apple), l'acquéreur aurait mis fin au service racheté dans 60% des cas⁷. Or, la cessation d'un produit ou d'un service constitue un indicateur pour savoir si une entreprise procède justement à une *killer acquisition*.

- La même stratégie est constatée dans le secteur pharmaceutique et plus précisément dans le secteur de la *biotech*. Sur 240 fusions horizontales étudiées, l'entreprise dominante aurait arrêté de développer le produit visé par l'opération dans 40% des cas⁸.

Ce type d'acquisitions non notifiables contribue au renforcement du pouvoir d'entreprises dominantes. Les effets délétères de la concentration de marché ont été soulignés dans un rapport de la Commission concluant que les conditions de concurrence se sont dégradées lors des dernières années, et ce au profit des entreprises les plus puissantes et *a contrario* au détriment des consommateurs et de la société dans son ensemble.⁹ La France n'est pas épargnée par ce constat puisque selon ce même rapport, l'économie française souffre d'une concentration de marché plus élevée que d'autres pays de l'Union européenne et ceci a un effet sur les prix¹⁰.

Selon la Commission, une mise en œuvre trop souple du droit de la concurrence à l'égard des entreprises les plus rentables dans le monde aurait contribué, parmi d'autres facteurs, à l'accroissement de la concentration de marché et la dégradation des conditions de concurrence.

Il est donc impératif d'assurer que les règles de contrôle de concentrations soient robustes et efficaces¹¹. C'est bien l'économie tout entière qui tire profit de règles de droit de la concurrence efficaces et appliquées pleinement. Un processus concurrentiel sain a des retombées positives sur l'innovation, la croissance et l'emploi¹². Il est donc erroné d'estimer qu'un contrôle de concentration robuste nuise à l'innovation. A titre d'exemple, en maintenant une situation de concurrence entre plusieurs sociétés, ces dernières ont davantage d'incitation à améliorer leur produit que si elles avaient fusionné. En outre, un contrôle de concentration efficace permet de renforcer la résilience des marchés et des chaînes d'approvisionnement. Notamment dans le secteur digital, favoriser l'émergence de nouveaux acteurs permet de limiter la dépendance de nos économies aux grandes entreprises de la *Big Tech*. Ce point est particulièrement applicable

⁶ Jason Furman, « *Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* », mars 2019 p. 18.

⁷ Axel Gautier et Joe Lamesch « *Mergers in the Digital Economy* » (2020), CESifo Working Paper No. 8056, <https://ssrn.com/abstract=3529012>, p.6.

⁸ Commission européenne, DG concurrence, « *Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects* », 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/3714497>. Voir également le rapport suivant qui étudie les *killer acquisitions* dans le secteur pharmaceutique: Colleen, Cunningham, Florian Ederer, et Song Ma. « *Killer acquisitions* », *Journal of political economy* 129.3, 2018.

⁹ Commission européenne, DG concurrence, *Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/089949>.

¹⁰ Les prix de la bière et du ciment seraient respectivement 150% et 60% plus élevés que dans d'autres pays. Selon une autre étude, les taux de marge en France auraient augmenté de 0,5 points entre 1980 et 2016 : Denis Hearn, « *Harms from Concentrated Industries: a Primer* »; p8. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/ccsi-harms-from-concentrated-industries.pdf>

¹¹ Des règles efficaces incluent notamment un contrôle *ex ante* car laisser une opération anticoncurrentielle se réaliser pendant plusieurs années permet aux entreprises concernées de tirer profit de l'opération.

¹² Commission européenne, DG concurrence, *Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, 2024.

aux services de l'IA et du *cloud* où de nombreuses start-ups voient le jour et sont convoitées par plusieurs entreprises dominantes.

2. Les règles françaises doivent être mises à jour

Dans son état actuel, le contrôle des concentrations français ne permet pas d'examiner les rachats d'entreprises émergentes¹³ mais qui peuvent pourtant soulever de sérieuses préoccupations de concurrence. Or en raison de cette lacune juridique, certaines opérations ont pu échapper au contrôle de l'Autorité et affecter la concurrence française.

- Le rachat de la société biotech **Principia Biopharma** par **Sanofi** en 2020 pour une valeur d'environ 3 milliards d'euros n'était pas notifiable et a été suivie par un arrêt de certaines activités de Principia Biopharma¹⁴. Nous comprenons qu'un des médicaments cible était en concurrence avec un des médicaments développés par Sanofi. Nous voyons donc l'arrêt de développement du produit de Principia comme une atteinte à l'innovation et à la concurrence.
- En 2016, l'acquisition de l'application de filtre en réalité augmentée **Masquerade** (connu sous le nom MSQRD) par **Meta** (alors **Facebook**) n'a également pas été notifiable en France ni en Europe. Or, quatre ans plus tard, Facebook a fermé l'application alors qu'elle rencontrait *a priori* un « succès fulgurant », faisant partie du top 10 d'applications téléchargées dans plusieurs pays en 2016 et était utilisée en France¹⁵. Certains auteurs avancent que Facebook n'aurait pas continué à mettre à jour le service, ce qui aurait contribué à rendre MSQRD moins populaire, et aurait favorisé son propre service concurrent appelé Spark AR au détriment de MSQRD. Ces éléments illustrent l'impact du rachat sur l'innovation et la qualité du service¹⁶.

Par ailleurs, le cas d'**Illumina/Grail** illustre parfaitement les lacunes du cadre juridique français existant. Pour mémoire, cette affaire a été marquée par un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne interdisant à la Commission d'accepter des renvois d'autorités nationales de concurrence si elles ne sont pas compétentes pour le faire. Or, si l'opération devait être réalisée dans les conditions actuelles, l'Autorité n'aurait pas le pouvoir de renvoyer l'affaire à la Commission européenne et le dossier échapperait à tout contrôle ... alors qu'un examen approfondi de plus d'un an a précisément révélé que l'opération devait être interdite.

En outre, nous pouvons souligner l'acquisition d'**Instagram** par **Facebook** en 2012 qui a échappé au contrôle de la Commission européenne ou de l'Autorité. Aux Etats-Unis, une des autorités de la concurrence poursuit actuellement Facebook en justice : elle estime que le rachat constituerait une infraction au droit de la concurrence puisqu'il aurait permis à Facebook d'évincer ses concurrents potentiels et de renforcer sa position dominante sur le marché des réseaux sociaux. L'autorité de la concurrence sollicite la scission du service Instagram du groupe

¹³ Ces sociétés (*start-ups*, de la *biotech*) ne génèrent généralement pas ou peu de chiffre d'affaires en France, malgré un lien de connexité avec le marché français, et donc ne dépasse pas le seuil de chiffre d'affaires individuel de 50 millions d'euros.

¹⁴ <https://www.biospace.com/sanofi-cleans-house-cuts-assets-from-principia-and-ablynx-buyouts>

¹⁵ Sur l'arrêt du service : <https://www.theverge.com/2020/3/13/21178982/msqrd-ar-selfie-app-shutting-down-mobile-app-april-facebook> ; sur son succès : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/03/11/face-a-snapchat-facebook-rachete-une-application-de-selfies_6003262_4408996.html

¹⁶ Pour mémoire, le groupe Meta a procédé de la même manière pour d'autres produits. Le géant américain a effectivement racheté les services Nextstop, Gowalla, Beluga et Lightbox sans devoir de notification en Europe et a annoncé l'arrêt de ces services quelques mois plus tard.

Meta¹⁷. En outre, en Europe, l'opération a permis au groupe Meta de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles concernant ses services Instagram et Facebook¹⁸. En l'absence de l'opération, Instagram seul n'aurait pas mis en œuvre ces pratiques. Puisque le réseau social accueille 24 millions d'utilisateurs en France, ces pratiques touchent nécessairement le marché français.

Ces différentes opérations, ayant vraisemblablement restreint la concurrence sur le marché français tout en échappant au contrôle de l'Autorité ou de la Commission européenne, montrent l'urgence pour le gouvernement de mettre à jour les règles juridictionnelles lui permettant de préserver la concurrence dans le pays.

3. Le pouvoir d'évocation comme outil le plus approprié pour remédier à cette lacune

L'Autorité présente trois options : (i) un pouvoir d'évocation, (ii) une obligation de notification pour toute entreprise visée par une décision antérieure en droit de la concurrence et (iii) une intervention postérieure à la réalisation des opérations de concentrations sur le fondement des interdictions existantes de pratiques anticoncurrentielles.

Le **pouvoir d'évocation** – qui implique un critère qualitatif, un critère quantitatif, des lignes directrices et une politique de « porte ouverte » de la part de l'Autorité – nous semble être la solution la plus équilibrée et proportionnée pour les raisons suivantes.

- Il permet à l'Autorité de revoir les acquisitions de sociétés, tout secteur confondu, ne générant pas de chiffre d'affaires en France mais étant néanmoins susceptible d'affecter la concurrence en France.
- L'Autorité pourra agir sans contrainte temporelle ou administrative liée à une décision d'infraction ou de désignation en droit de la concurrence. Certains marchés (comme les services digitaux tels que l'IA ou le *cloud*) évoluent extrêmement rapidement. Attendre une décision d'une autorité à l'issue d'une procédure de plusieurs années n'est pas compatible avec la réalité du marché.
- Puisque ce pouvoir serait déclenché seulement quand l'opération menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire français, il n'y aura pas de revue systématique de l'ensemble des opérations impliquant une société-cible générant peu ou pas de chiffre d'affaires en France.

Il est donc faux d'affirmer que ce pouvoir impliquera une charge administrative disproportionnée pour l'Autorité et les entreprises. Un rapport de l'OCDE souligne justement que le changement de régime en Allemagne et en Autriche n'a pas augmenté le nombre d'opérations revues¹⁹. De la même manière, la crainte des parties notifiantes de voir leur projet interdit est infondée : depuis 2009, sur environ 3 000 décisions de

¹⁷ <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v> ; <https://www.reuters.com/legal/meta-will-face-antitrust-trial-over-instagram-whatsapp-acquisitions-2024-11-13/>

¹⁸ Le groupe a été condamné pour avoir appliqué des conditions commerciales non équitables aux services de publicité des deux réseaux sociaux et est soupçonné d'avoir instauré un système de « *pay or consent* » qui serait contraire à la régulation européenne sur les plateformes digitales (DMA) : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_7728 et https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3582.

¹⁹ OCDE, « *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note* » 2020, paragraphe 176.

contrôles de concentrations françaises, seulement quatre d'entre elles ont fait l'objet d'une interdiction²⁰.

- Le pouvoir permet à l'Autorité d'agir avant que l'opération soit réalisée ou peu de temps après sa réalisation. Cela permet d'assurer un maximum de sécurité juridique pour les parties et de faciliter l'éventuelle imposition d'engagements.
- Le pouvoir est strictement encadré par des critères, l'Autorité ne dispose donc pas d'une large marge de manœuvre. Notamment le critère quantitatif (complété par des lignes directrices) est objectif et permet d'assurer une sécurité juridique aux sociétés.
- Enfin, en adoptant ce pouvoir, l'Autorité s'aligne sur les pouvoirs existants plus de 40 juridictions dans le monde (dont les Etats-Unis, la Chine et le Canada) et dix pays d'Europe²¹. Cela permet aux autorités de mieux se coordonner afin de faire face aux menaces générées par certaines opérations.

En revanche, les deux autres options ne nous semblent pas suffisamment efficaces pour faire face aux enjeux auxquels.

- L'obligation de notification fondée sur l'existence d'une décision antérieure n'est pas assez flexible pour s'adapter aux évolutions du marché. Par exemple, cela ne permet pas à l'Autorité d'intervenir avant qu'un marché ne bascule (« *market tipping* »). Dans l'attente d'une décision pouvant intervenir après plusieurs années, les rachats peuvent être réalisés et avoir des effets néfastes sur les marchés concernés.

Par ailleurs, il est possible que cette obligation soit en pratique applicable seulement aux sociétés des secteurs digital et pharmaceutique – visés par de nombreuses décisions en droit de la concurrence – alors que d'autres pans de l'économie sont concernés par les opérations ne dépassant pas les seuils juridictionnels²².

- L'intervention postérieure à l'opération fondée sur les interdictions de pratiques anticoncurrentielles implique une longue procédure qui n'est pas adaptée à la temporalité de certains marchés (dont les marchés digitaux). En plus, elle suscite de l'insécurité juridique pour les parties puisqu'une enquête peut avoir lieu plusieurs années après l'opération²³.

Nous pensons donc que le pouvoir d'évocation est l'option la plus appropriée.

²⁰ Autorité de la concurrence, rapport annuel de 2023.

²¹ <https://www.hoganlovells.com/en/publications/call-in-the-merger-cavalry-how-new-intervention-powers-are-transforming-merger-control>.

²² Voir les secteurs de l'équarissage et de la TNT visés par des affaires françaises (décision n° 24-D-05 du 02 mai 2024 de l'Autorité de la concurrence et Towercast, arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, aff. C-449/21) ou le secteur du marché d'échanges de biens énergétiques visé par le renvoi à la Commission européenne dans l'affaire EEX/Nasdaq (affaire M.11241). Le président de l'Autorité de la concurrence néerlandaise a aussi souligné le cas de marchés régionaux (tels que les services médicaux, de garderie ou de réparation automobile) et des marchés niches (tels que l'assurance) pouvant impliquer des opérations ne dépassant pas les seuils : <https://www.acm.nl/en/publications/blog-martijn-snoep-small-mergers-big-problems>.

²³ Voir l'affaire 24-D-05 clôturée 5 ans après l'opération.

Consultation de l'Autorité de la concurrence du 14 janvier 2025 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

Observations d'Orange

L'Autorité de la concurrence (« **ADLC** » ou « **Autorité** ») procède à une nouvelle consultation en matière de contrôle des concentrations afin d'introduire un système de contrôle pour certaines opérations ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur.

L'ADLC propose des modalités d'intervention qui viendraient compléter le cadre juridique existant et demande aux acteurs de soumettre leurs observations sur les propositions qu'elle présente.

Cette consultation s'inscrit dans le cadre des réflexions déjà lancées en 2017 et 2018 et fait suite à l'arrêt *Illumina/Grail* de CJUE du 3 septembre 2024 aux termes duquel l'article 22 du règlement européen relatif aux concentrations (« **règlement Concentrations** »)¹ n'autorise pas les autorités nationales à renvoyer à la Commission européenne des opérations sous les seuils de notification lorsque ces autorités elles-mêmes ne sont pas compétentes pour examiner ces opérations.

Tout en partageant les préoccupations de l'Autorité sur la nécessité de disposer d'un mécanisme efficace de contrôle des concentrations pour prévenir d'éventuelles atteintes à la concurrence, Orange estime que la modification du régime de contrôle des concentrations doit être définie avec la plus grande attention afin de ne pas fragiliser le système existant et ne pas porter atteinte à la sécurité juridique des entreprises.

Il est essentiel d'éviter qu'une évolution des outils visant à capturer certaines opérations particulièrement problématiques en matière de concurrence, n'entraîne une surcharge disproportionnée pour l'Autorité et les entreprises, ainsi qu'un effet dissuasif risquant de freiner le développement économique du pays et son attractivité. En effet, une incertitude réglementaire accrue et un surcoût administratif peuvent inciter les parties à la concentration à détourner les activités françaises concernées afin de réduire l'insécurité juridique ou les risques d'exécution de la transaction.

Pour atteindre ces objectifs, Orange estime ainsi que toute intervention sous les seuils en vigueur doit respecter les principes suivants.

Premièrement, il convient de rappeler que l'objectif du contrôle des concentrations n'a jamais été de superviser l'ensemble des opérations économiques, mais d'intervenir uniquement sur celles susceptibles de nuire à la concurrence.

¹ Règlement (CE) No 139/2004 DU CONSEIL du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Il est également important de souligner que le contrôle des concentrations impose des contraintes significatives aux entreprises notamment en matière des coûts très élevés et des délais de procédure souvent longs, avec une incertitude quant à l'issue de l'opération.

Au fil des années, ce contrôle est devenu de plus en plus lourd, avec des demandes d'informations de plus en plus conséquentes et exigeantes, nécessitant souvent une mobilisation importante de ressources. De plus, les demandes de documents internes deviennent de plus en plus complexes nécessitant le recours à des entreprises spécialisées. Afin de répondre au mieux aux autorités de concurrence, les parties sont souvent contraintes de fournir des analyses économiques approfondies, ce qui engendre une surcharge de travail et des surcoûts.

Enfin, la mise en place d'engagements souvent très contraignants peut avoir un impact majeur sur les synergies initialement attendues et sur l'équilibre global de l'opération, remettant parfois même en cause son intérêt.

Ainsi, les seuils de notification jouent un rôle crucial en ciblant les opérations les plus susceptibles d'affecter la concurrence. Cette approche permet de mobiliser les ressources des entreprises et des autorités nationales ou communautaires sur les transactions ayant un impact significatif sur le marché, tout en allégeant les obligations pour les entreprises dont les opérations sont de moindre envergure et peu susceptible d'affecter la concurrence.

Par ailleurs, comme rappelé régulièrement par l'Autorité et la Commission européenne, même parmi les opérations notifiées, la très grande majorité est approuvée sans engagements. En effet, en France, en 2023, l'Autorité a examiné 266 consolidations dont 262 ont été approuvées sans engagements et 4 ont été autorisées sous réserve de mise en œuvre d'engagements². En 2024, l'Autorité a autorisé 295 consolidations dont 97% concernent des autorisations sans engagements³. Entre 2009 et 2023, 96,59 % des opérations ont été autorisées sans condition, 3,34% ont été soumises aux engagements et seulement deux opérations ont été interdites.

Ces statistiques montrent que seule une fraction réduite des opérations susceptibles d'être notifiées sur la base des seuils en vigueur crée réellement un problème de concurrence sur les marchés et nécessite soit une interdiction, soit des engagements. Cela met en évidence l'importance d'un cadre de contrôle bien calibré pour éviter tout excès de régulation. Ainsi, une extension du cadre actuel du contrôle des concentrations à de nouvelles formes d'intervention ne devrait, en toute logique, avoir vocation qu'à capturer un nombre d'opérations très marginal.

*Deuxièmement, il faut rappeler que les seuils de contrôle ont été définis pour garantir aux entreprises une prévisibilité et une sécurité juridique. Comme rappelé par la CJUE dans son arrêt récent *Ilumina/Grail* « la détermination de la compétence des autorités nationales de concurrence par référence à des critères liés aux chiffres d'affaires est un gage important de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises concernées qui doivent pouvoir aisément et rapidement identifier à quelle autorité elles doivent s'adresser et dans quel délai et sous quelle forme, ... lorsqu'elles s'engagent dans une opération de concentration.»⁴*

² Rapport annuel 2023 de l'Autorité

³ [2024, année historique pour l'Autorité de la concurrence : 1,4 milliard d'euros de sanctions prononcées et un nombre record de 295 opérations de concentration examinées | Autorité de la concurrence](#)

⁴ ECLI:EU :C:2024:677, 3 septembre 2024, Arrêt *Ilumina / Grail*, paragraphe 209

La création de nouveaux critères qui ne seraient pas clairs et prévisibles conduirait à une insécurité juridique et accorderait aux autorités de concurrence une marge de manœuvre discrétionnaire excessive, ce qui pourrait conduire à une application inégale et potentiellement arbitraire des règles. Une telle flexibilité pourrait dissuader les entreprises de mener des opérations potentiellement bénéfiques, par crainte d'un contrôle *ex post* imprévisible.

De plus, la multiplication des pouvoirs de différentes autorités nationales pour saisir des opérations sous les seuils en vigueur à travers des pouvoirs d'évocation risque de créer une complexité accrue et une insécurité importante pour les opérations multi-juridictionnelles. Cela mettrait plus généralement en cause le système du guichet unique au niveau européen en l'absence d'une révision des seuils européens.

Troisièmement, le rapport récent de M. Draghi⁵ sur la compétitivité européenne mandaté par la Commission européenne met en évidence que la charge réglementaire pesant sur les entreprises européennes est élevée et continue de croître. Il met en avant la nécessité de simplifier les procédures administratives, de les rendre plus rapides et plus faciles, et de réduire la charge réglementaire afin de renforcer la compétitivité européenne et de favoriser l'innovation et les investissements. C'est également l'objectif du gouvernement français comme le montre son projet de loi de simplification.

De plus, dans son document *Competitiveness Compass for the EU 2025*⁶ la Commission elle-même indique que la nouvelle approche de la politique de concurrence de l'UE doit non seulement simplifier et accélérer l'application des règles, mais aussi mieux les cibler. Elle doit garantir une approche cohérente, favorable aux objectifs globaux de l'UE, notamment en comblant le retard en matière d'innovation et en répondant au besoin d'une échelle efficace lorsque cela est pertinent.

Un contrôle trop large irait à l'encontre de ces objectifs en ajoutant une surcharge administrative pour les entreprises et en complexifiant davantage les processus de consolidation, déjà considérés comme une rigidité propre à l'Europe et comme un facteur de perte progressive de compétitivité, en particulier dans le secteur du numérique.

Quatrièmement, une surcouche de contrôle pourrait dissuader les entreprises d'investir ou de se développer en France. Face à une accumulation des règles, des incertitudes et inflation parallèle des coûts des opérations, certaines entreprises pourraient choisir de réaliser leurs acquisitions ailleurs qu'en France, ou de sélectionner leurs actifs en fonction des risques d'exécution propres à chaque pays, affaiblissant ainsi l'attractivité économique française. Ce risque serait particulièrement important dans les secteurs innovants, où la rapidité d'exécution est clef au succès des entreprises.

Enfin, compte tenu de l'empilement de règles en matière de concentrations (contrôle des concentrations avec une généralisation quasi systématique de la phase de pré-notification avant la notification formelle, règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (« **FSR** »), règlement européen sur les marchés numériques (« **DMA** ») qui nécessite souvent une coordination entre autorités de concurrence et Commission, la création d'une nouvelle strate de contrôle pourrait ralentir le processus d'examen de l'ensemble des dossiers,

⁵ https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en

⁶ https://commission.europa.eu/document/download/10017eb1-4722-4333-add2-e0ed18105a34_en

y compris ceux ne posant aucune difficulté, au détriment des intérêts économique des entreprises.

Si la volonté de détecter certaines opérations potentiellement nuisibles est légitime, toute extension du contrôle au-delà du cadre actuel doit rester proportionnée aux enjeux afin de ne pas compromettre la prévisibilité du cadre réglementaire et la sécurité juridique. Une extension excessive du dispositif, sans réelle garantie d'un meilleur contrôle des opérations problématiques, pourrait manquer sa cible principale : la préservation de la concurrence.

Si un équilibre approprié n'est pas trouvé, le nouveau régime risquerait de freiner de manière silencieuse, mais certaine, un grand nombre d'opération qui seraient soit avortées, soit abandonnées après une évaluation des enjeux financiers et des risques d'exécution. Cela est d'autant plus vrai dans les secteurs à forte innovation, où les capitalisations sont élevées, mais où les perspectives de rentabilité restent très incertaines, avec parfois un chiffre d'affaires quasi inexistant en phase de développement.

Le caractère très préparatoire et sans doute volontairement très large à ce stade des options proposées en consultation ne permet pas une discussion profonde sur la mise en œuvre des solutions.

Toutefois Orange souhaite contribuer à la réflexion engagée par l'ADLC en soumettant des commentaires qui nous paraissent devoir conduire à une discussion beaucoup plus détaillée dans le cas où l'une des options serait explorée réellement.

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

En 2018, Orange avait fait part d'une certaine ouverture concernant la mise en œuvre d'un pouvoir d'évocation. Néanmoins, depuis le cadre du contrôle des concentrations a sensiblement évolué avec la création d'un contrôle spécifique des contrôleurs d'accès à travers le DMA, l'introduction de nouvelles contraintes formelles très lourdes pour les plus grandes entreprises au titre du contrôle des subventions étrangères (FSR), et une approche des autorités, en particulier de la Commission, qui n'a pas permis de faire émerger une ligne claire sur la mise en œuvre des outils d'analyse.

Face à cet accroissement de l'incertitude, le cadre que pourrait revêtir ce pouvoir d'évocation soulève désormais des questions d'autant plus importantes qu'il s'inscrit dans un contexte d'accélération fulgurante des innovations et des partenariats internationaux, où la vitesse et la capacité de réaction de nos écosystèmes nationaux sont devenues un enjeu économique.

Tel qu'il est exposé dans la consultation publiée par l'ADLC, ce pouvoir d'évocation est décrit de manière générique puisqu'il :

- ✓ serait limité aux opérations pour lesquelles le CA total en France cumulé des entreprises dépasse un certain seuil ;

- ✓ concernerait les opérations qui « *menacent d'affecter de manière significative la concurrence* » en France ;
- ✓ serait exerçable durant un laps de temps limité ;
- ✓ offrirait la possibilité de consulter l'Autorité en cas de doute.

Comme précédemment invoquée, Orange n'est pas opposée par principe à ce pouvoir d'évocation.

En revanche, en aucun cas ce pouvoir d'évocation ne doit devenir un moyen pour l'ADLC de se saisir de toute opération non-notifiable sans prévisibilité suffisante pour les entreprises. A défaut, cette occurrence pourrait être systématiquement perçue comme un risque inhérent à toute opération de concentration, ce qui ne correspond ni à l'objectif ni à la finalité a priori de l'Autorité.

Un pouvoir d'évocation ne devrait être envisagé que sous la condition qu'il puisse être activé de manière extrêmement limitée, afin de contrôler des consolidations impliquant des entreprises qui jouent, ou sont susceptibles de jouer, un rôle concurrentiel important, en dépit de la faiblesse de leur chiffre d'affaires au moment de la prise de contrôle, les plaçant ainsi sous les seuils de contrôle.

Cette approche est également conforme aux orientations données par la Cour de Justice dans son arrêt *Illumina / Grail* où la Cour rappelle que « *par ailleurs, même à supposer que les évolutions observées sur certains marchés, impliquant notamment des entreprises innovantes qui jouent ou sont susceptibles de jouer un rôle concurrentiel important en dépit du fait qu'elles génèrent peu ou pas de chiffre d'affaires au moment de la concentration, justifient d'élargir le champ des opérations méritant un examen préalable, il est loisible aux États membres de revoir à la baisse leurs propres seuils de compétence fondés sur le chiffre d'affaires prévus par la législation nationale* ». ⁷

Pour Orange, ce pouvoir d'évocation ne doit donc s'appliquer que de manière marginale, uniquement dans des situations réellement problématiques impliquant des circonstances particulières.

Afin d'atteindre cet objectif, Orange formule ses observations sur les conditions de contrôle en dessous des seuils proposés par l'Autorité :

- *Chiffre d'affaires en France*

L'ADLC propose que soit pris en compte « *un certain seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France* ».

Un seuil cumulatif national seul poserait, en pratique, plusieurs problèmes :

⁷ ECLI:EU :C:2024:677, 3 septembre 2024, Arrêt *Illumina / Grail*, paragraphe 217

- Il capterait de nombreuses opérations, sans que les entreprises concernées aient nécessairement une présence significative en France, ni que l'opération présente un risque majeur pour la concurrence sur le territoire ;
- Ce seuil se réfère uniquement au chiffre d'affaires cumulé des parties en France, ce qui signifie que si l'une des parties ne réalise aucun chiffre d'affaires en France, mais que l'autre franchit le seuil de chiffre d'affaires cumulé, l'opération pourrait tout de même être contrôlée ;
- Avec ce seuil, une très grande partie des opérations de concentration, et notamment celles réalisées par les grandes entreprises, pourrait potentiellement être soumise à un contrôle des concentrations ;
- Si ce seuil est retenu tel que proposé, il élargirait indûment le champ d'application du contrôle des concentrations en permettant l'utilisation systématique du pouvoir d'évocation et en contournant ainsi les seuils définis par les textes nationaux et européens, qui revêtent « *une importance cardinale dans le contrôle des concertations* » comme le rappelle justement l'arrêt *Illumina / Grail*.⁸

Orange estime qu'il est important que ce premier critère permette déjà de filtrer les opérations avant de procéder à l'analyse du deuxième critère (effet sur le marché). Autrement, pour la grande majorité des opérations, les parties seraient obligées de réaliser une auto-évaluation des effets de leurs opérations sur le marché, ce qui complexifierait les consolidations pour les entreprises en augmentant leurs coûts, les délais des opérations et la part d'incertitude liée à l'issue de leurs projets.

Pour éviter que ce premier critère n'aboutisse à un contrôle très large et disproportionné, il est essentiel, d'une part, que ce seuil cumulatif soit suffisamment élevé afin de ne concerner que des opérations d'envergure.

D'autre part, il est nécessaire de définir une condition de nexus local permettant de limiter le contrôle aux opérations dans lesquelles les parties exercent une activité significative sur le territoire français. En effet, en l'absence d'une telle activité, il n'existe, a priori, aucun risque d'effet anti-concurrentiel sur le marché français.

Pour cela, une possibilité serait d'associer le seuil de chiffre d'affaires cumulé des parties en France à un seuil *de minimis* de chiffre d'affaires ou de valeur d'actifs en France concernant la cible. C'est notamment le cas au Royaume Uni, où l'activité de la cible dans le pays constitue l'un des critères permettant de déclencher le contrôle.

Enfin, toujours dans le souci de bien calibrer les opérations assujetties au contrôle, il est également essentiel que ce seuil de chiffre d'affaires soit combiné à d'autres critères.

Par exemple, l'ADLC pourrait envisager d'introduire un critère hybride associant un seuil de chiffre d'affaires à un seuil de part de marché, à l'instar de ce qui existe au Royaume-Uni.⁹ Il

⁸ ECLI:EU:C:2024:677, 3 septembre 2024, Arrêt *Illumina / Grail*, paragraphe 208

⁹ Le critère de parts de marché a également été introduit en Lettonie et Slovaquie

pourrait s'agir de la part de marché cumulée des parties ou de la part de marché d'au moins d'une des parties.

Cette approche se justifie pour les activités où les marchés pertinents sont définis sur la base de précédents existants ou sont faciles à identifier. Elle permet ainsi d'effectuer un premier filtrage et de concentrer le contrôle sur les opérations susceptibles de nuire à la concurrence en renforçant la position des parties à la concentration.

Il n'en reste pas moins que cette approche a ses limites et ne permet pas de couvrir les cas où les marchés pertinents ne sont pas préalablement définis. Par exemple, pour les activités de start-ups dans des secteurs émergents ou connexes à des activités traditionnelles, il est difficile pour les parties ou pour l'Autorité d'avoir des éléments nécessaires pour identifier ou définir d'emblée les marchés concernés et l'impact de l'opération.

Il faut néanmoins se rappeler que sur des marchés innovants, une forte position à un instant donné ne permet pas nécessairement de caractériser un pouvoir de marché, compte tenu de la rapidité avec laquelle d'autres technologies peuvent émerger et concurrencer l'acteur en place. La Commission l'a d'ailleurs reconnu en indiquant que ces marchés étaient « *caractérisés par des entrées fréquentes sur le marché et des cycles d'innovation courts dans lesquels des parts de marché importantes peuvent s'avérer éphémères. Dans un contexte aussi dynamique, la Commission estime que sur ce marché de fortes parts de marché ne sont pas nécessairement révélatrices d'un pouvoir de marché et, par conséquent, d'une atteinte à la concurrence* »¹⁰.

Quelques exemples qui montrent ce changement rapide :

- **WeWork** (Espaces de coworking) : a été une licorne valorisée à près de 47 milliards de dollars avant une chute spectaculaire ;
- **Theranos** (Biotechnologie) : une licorne valorisée à des milliards de dollars avec la promesse de révolutionner les tests sanguins. L'histoire de Theranos a été un exemple frappant de la façon dont une innovation prometteuse peut s'effondrer en peu de temps ;
- **Zoom** (Communication vidéo) : a connu une ascension fulgurante pendant la pandémie de COVID-19, lorsque les besoins en communication à distance ont explosé. En 2020, sa valorisation a bondi et Zoom est devenu un "champion" du secteur de la vidéoconférence. Or la concurrence d'autres plateformes de communication comme Microsoft Teams, Google Meet, et même Skype a depuis fragilisé Zoom.

On le voit le tri concernant les positions ou les effets d'opérations concernant des acteurs innovants sont parfois difficilement prédictibles, et peuvent ne pas être durables.

Orange estime que le DMA permet de faire ce tri et pour ces situations, il serait sans doute plus pertinent d'introduire un outil alternatif permettant de mettre en œuvre l'Article 14 du DMA, qui a perdu sa pertinence et sa validité avec l'arrêt *Illumina / Grail*.

En effet, à la suite de cet arrêt, il n'est plus possible de renvoyer les opérations non-notifiable au niveau national à la Commission européenne sur la base de l'Article 22 du règlement

¹⁰ Traduction libre, décision de la Commission COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp du 3 mars 2014, §.99

Concentrations, ce qui empêche désormais de contrôler les opérations des contrôleurs d'accès sous les seuils en vigueur, lesquelles peuvent tout de même poser des problèmes de concurrence en raison du rôle primordial joué par ces derniers sur les marchés numériques (voir la réponse ci-dessous concernant l'Option 2).

- *Opération qui « menace d'affecter de manière significative la concurrence »*

Cette exigence, qui est présente dans plusieurs pays européens disposant d'un pouvoir d'évocation (Irlande, Norvège, Islande, Danemark, etc.), devrait être accompagnée de lignes directrices dans lesquelles l'ADLC exposerait les critères lui permettant de qualifier une opération susceptible « *d'affecter de manière significative la concurrence* » afin de donner aux entreprises un niveau suffisant de sécurité juridique et de prédictibilité.

Compte tenu du grand nombre d'opérations de concentration réalisées chaque année en France, la définition de ces critères de manière claire et pragmatique jouera un rôle primordial dans l'auto-évaluation par les entreprises du risque d'être soumises à un contrôle des concentrations *ex post*.

Si ces critères sont définis de manière trop large ou ambiguë, Orange estime que l'Autorité devra prendre en compte le risque de recevoir un nombre très élevé de demandes de lettres de confort puisque les entreprises chercheront une sécurité juridique dans des délais encadrés avant de procéder à leurs opérations. Le risque deviendra alors fort de créer un process bureaucratique extensif alors même que la mise en œuvre de ce pouvoir serait très limitée.

De plus, si ces critères devenaient trop complexes à interpréter ou conduisaient à un contrôle d'un nombre trop important d'opérations sous les seuils, les acteurs économiques pourraient être incités à organiser leurs opérations de concentration de manière à contourner la France, en raison des incertitudes importantes sur la faisabilité réglementaire de l'opération.

La définition des critères d'analyse des opérations susceptibles « *d'affecter de manière significative la concurrence* » doit donc permettre à l'ADLC de prioriser les opérations à examiner et d'optimiser la gestion de ses ressources.

Ainsi, ce pouvoir d'évocation ne devrait en toute logique être utilisé que de façon exceptionnelle et par conséquent ne créerait pas un flux important d'opérations additionnelles à analyser par l'ADLC comme le montre la pratique des pays ayant déjà introduit cette disposition.

L'expérience en Suède, pays pour lequel nous disposons d'un recul suffisant, montre que ce droit d'évocation est utilisé au rythme d'environ 1 à 2 cas par an en moyenne.

En Italie, ce système a été intégré très récemment à la législation locale (2022) et a été mis en œuvre en 2023 notamment dans un cas ayant abouti à une autorisation de phase 1¹¹ et un cas ayant donné lieu à une phase 2¹².

¹¹ AGCM case no. C12583 - IGPDECAUX/CLEAR CHANNEL ITALIA decision of non-initiation decision no.31062 of 13/02/2024

¹² AGCM case no. C12586 - IGNAZIO MESSINA & C./TERMINAL SAN GIORGIO opening decision no. 31066 of 27/02/2024

En Lituanie, ce droit d'évocation a été utilisé une fois en 2022 (opération bloquée dans le secteur de la distribution de tickets dans l'événementiel) et en 2023 pour autoriser une opération sous réserve d'engagements dans le secteur de la maintenance d'ascenseurs.

Orange estime que les hypothèses suivantes de préoccupations substantielles de concurrence pourraient être envisagées dans des lignes directrices, *inter alia* :

- Lorsque l'opération conduirait à la création ou au renforcement conséquent d'une position dominante sur des marchés identifiés ;
 - Lorsqu'une entreprise dominante sur un marché, acquiert une entreprise détenant une innovation réellement importante sur ce même marché de nature à avoir un impact réel et prévisible sur ce marché.
- *Intervention limitée dans le temps*

Comme l'ADLC, Orange considère que le délai dans lequel le contrôle peut être mis en œuvre doit être limité et que ce délai doit être court afin de garantir un maximum de sécurité juridique aux entreprises. Ainsi, un délai de 3-6 mois, en ligne avec la plupart des pays européens¹³, est un délai acceptable. En effet, un délai plus long affecterait la sécurité juridique des entreprises, freinerait les investissements et pourrait décourager les entreprises de se développer en France.

S'agissant du moment à partir duquel ce délai commence à courir, si Orange est d'accord pour que ce pouvoir s'exerce dès lors que l'ADLC dispose de cette information, cela ne peut prendre la forme d'une obligation d'information formelle systématique pesant sur les entreprises.

En effet, dans ce cas de figure, la tentation sera grande que cette information soit fusionnée avec une lettre de confort afin que le délai soit épuisé plus rapidement.

Orange considère qu'à partir du moment où l'ADLC peut raisonnablement avoir connaissance de l'opération (des modalités de publicité en ligne minimale requises pourraient à ce titre constituer une garantie pour l'entreprise que son opération est connue, en particulier dans un environnement où les IA sont et seront susceptibles de récupérer périodiquement ces informations), le délai doit courir à partir de ce moment (s'il a été satisfait une exigence de publicité minimale), et en tout état de cause, le pouvoir d'évocation ne doit pas pouvoir s'exercer après le *closing* de l'opération.

- *Mécanisme de consultation de l'Autorité*

Ce mécanisme, qui paraît inévitable dans les faits, puisque les entreprises chercheront de toute façon à se prémunir contre les risques d'incertitudes sur les transactions les plus stratégiques qui ne dépassent pas les seuils de notifications, permettrait aux parties d'anticiper les risques liés à l'opération en soumettant celle-ci à l'Autorité à l'avance pour ne pas compromettre le calendrier et le succès de l'opération plus tard.

¹³ Norvège, Lituanie, Italie, Irlande, Lettonie, Hongrie

Pour que ce mécanisme soit efficace, l'Autorité, après une analyse préliminaire et dans un délai suffisamment court (deux semaines, par exemple), devrait soit constater l'absence de problèmes de concurrence, soit confirmer son intérêt pour examiner l'opération.

Si l'Autorité ne considère pas l'opération problématique à ce stade, elle ne pourra plus se prévaloir de son pouvoir d'évocation plus tard. Si l'Autorité manifeste son intérêt, elle devra exercer son pouvoir d'évocation dans des délais raisonnables qui ne doivent là encore pas dépasser 3 à 6 mois à partir du moment où l'entreprise s'est approchée de l'Autorité.

Conclusion : Si un pouvoir d'évocation devait être mis en place, ce pouvoir d'évocation devrait être limité aux opérations qui dépassent un certain seuil exprimé en CA cumulé en France combiné avec un critère de parts de marché. Un seuil *de minimis* en France exprimé en CA de la cible devait également être introduit.

Le contrôle ne doit concerner que les opérations qui *prima facie* menace d'affecter de manière significative la concurrence. Des lignes directrices devraient décrire de manière claire et exhaustive les hypothèses d'affectation significative de la concurrence.

Enfin, Orange soutient la mise en place d'un délai entre trois et six mois avec un point de départ qui pourrait naître notamment avec des modalités de publicités minimales.

2. 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)

Orange est fermement opposé aux points (i) et (ii) de cette option qui créent une discrimination entre les opérateurs économiques et qui est juridiquement disproportionnée et non-justifiée. Concernant le point (iii) Orange est d'accord avec l'ADLC dès lors que le DMA ne permet pas en pratique de contrôler ces opérations puisque le règlement prévoit une simple obligation d'informer la Commission européenne.

- S'agissant du point (i)

Si une opération a été interdite au titre du contrôle des concentrations, elle n'a produit aucun effet sur le marché puisque par définition elle n'a pas été réalisée.

Orange ne voit donc pas à quel titre une entreprise qui a vu une opération précédente refusée se verrait appliquer une double peine via une obligation de notification pour toutes ses futures opérations à cause d'une opération qui n'a pas eu lieu. Finalement, dans ce cas de figure, l'entreprise paierait le fait de n'avoir rien fait.

De la même manière, si l'opération a été autorisée avec des engagements, sauf à considérer que la procédure d'engagements est inefficace, la situation concurrentielle sur le marché est par définition restaurée, et donc l'obligation de notification n'a pas de sens.

En effet, la notification de toute nouvelle opération serait là aussi une double peine puisque l'entreprise devrait de manière obligatoire notifier toute nouvelle opération qui n'a pas forcément de lien avec la précédente, et alors que les effets anticoncurrentiels de la première sont réputés neutralisés par des engagements.

- *S'agissant du point (ii)*

L'obligation de notifier appliquée seulement à des opérateurs sanctionnés au titre des articles 102 TFUE ou L.420-2 du code de commerce est problématique dans la mesure où elle crée un statut qui interdirait par nature à certaines entreprises d'opérer sur le marché dans les mêmes conditions que les autres, alors même que la sanction ou d'éventuelles injonctions auront été prononcées, voire déjà payées ou mises en œuvre.

Cette obligation serait d'autant plus inéquitable que l'ADLC indique également que le point (ii) pourrait s'appliquer même dans le cas où la décision au titre de l'article 102 TFUE ou L.420-2 du code de commerce qui fonde l'obligation de notification est encore susceptible de recours.

Il est donc possible qu'une situation se présente où le recours annule éventuellement la décision au titre de l'article 102 TFUE ou de l'article L.420-2 du code de commerce, mais où l'entreprise procède néanmoins à la notification d'une opération, puisque le calendrier de cette opération ne permet pas d'attendre le résultat du recours, qui, en pratique, peut prendre plusieurs années.

Cet outil de contrôle, au-delà de la question d'égalité de traitement devant la loi remet en cause potentiellement le droit de recours effectif. De plus, il ne respecte pas le droit à l'oubli une fois la sanction payée. Ces fragilités juridiques seront source de contentieux.

Par ailleurs, la position dominante n'est pas interdite en tant que telle. Il n'est donc nullement justifié d'imposer une présomption de culpabilité aux entreprises qui détiennent une position dominante et d'ajouter, en conséquence, des contraintes substantielles à tous leurs projets de consolidation.

A cet égard, il faut se rappeler que le régime du contrôle des concentrations est un régime dérogatoire. Il s'agit d'un régime exceptionnel, et comme toute exception, elle doit être interprétée de manière stricte.

Enfin, les deux dispositifs (i et ii) ne font pas de lien entre les marchés où les décisions de contrôle de concentration ou d'abus de position ont été rendues et ceux où l'entreprise envisage une opération de concentration. Il n'est ni justifié ni proportionné de considérer toute opération de concentration d'une entreprise par principe comme potentiellement problématique, quel que soit le marché concerné et la position de l'entreprise sur ce dernier.

Plus généralement, compte tenu du grand nombre d'opérations de concentration réalisées chaque année en France, y compris par des grandes entreprises détenant une position dominante sur un ou plusieurs marchés, et alors même que ces dernières sont souvent les plus susceptibles de disposer de la capacité d'investissement nécessaires (y compris dans des activités ne

soulevant aucune préoccupations possibles de concurrence), il est probable qu'une telle disposition entraîne un afflux important de dossiers, dont le contrôle ne sera pas *in fine* motivé par un impact concurrentiel potentiel mais par la simple qualité de l'une des parties à la transaction. Cette éventualité ne correspond pas à l'objectif visé par l'Autorité.

De plus, une telle mesure pourrait constituer un facteur de disqualification automatique dans les processus d'acquisition impliquant des entreprises françaises ayant été sanctionnées par le passé ou ayant vu leurs projets de consolidation refusés ou approuvés sous conditions. Cela créerait ainsi un déséquilibre significatif pour les acteurs français sur la scène européenne ou internationale.

- *S'agissant du point (iii)*

Orange n'y est pas opposé, dans la mesure où, avec l'arrêt récent *Illumina/ Grail*, l'Article 14 du DMA est vidé de sa substance. En effet, cet article oblige les contrôleurs d'accès à informer la Commission européenne de tout projet de concentration avant sa réalisation *lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de la concentration fournissent des services de plateforme essentiels ou tout autre service dans le secteur numérique ou permettent la collecte de données, que ce projet soit soumis à une obligation de notification à la Commission en application dudit règlement ou à une autorité nationale de concurrence compétente selon les règles nationales en matière de concentrations.*

Le mécanisme de contrôle de ces concentrations prévu par l'Article 14 est le suivant :

- La Commission européenne communique aux autorités compétentes des États membres toute information reçue ;
- Les autorités compétentes des États membres peuvent utiliser les informations pour demander à la Commission d'examiner la concentration conformément à l'article 22 du Règlement Concentrations.

Cependant, l'Article 22 du règlement n'étant plus applicable, il n'existe plus, en pratique, d'outil permettant de contrôler ces opérations.

Orange partage donc la position de l'Autorité sur la nécessité d'introduire un mécanisme permettant le contrôle de ces opérations sous les seuils. En effet, ce nouveau seuil de notification obligatoire est la seule possibilité de revoir ces opérations de concentration réalisées par les contrôleurs d'accès au sens du DMA – opérations qui n'atteignent pas les seuils de concentration et qui pourraient néanmoins affecter la concurrence. Cependant, Orange propose que ce nouveau seuil soit limité au secteur numérique en miroir aux critères établis dans l'article 14 du DMA.

Dans le même temps, il est essentiel que l'outil destiné à encadrer les concentrations des contrôleurs d'accès ne soit pas simplement un moyen de renvoyer par défaut l'opération à la Commission européenne sur la base de l'Article 22 du Règlement Concentrations, mais qu'il prévoit une répartition des compétences fondée sur des critères clairs, ce qui nécessiterait également une révision des règles européennes.

Conclusion : Orange est fermement opposé au point (i) et (ii) mais soutient la mise en œuvre du point (iii) à condition que l'interaction avec les compétences de la Commission européenne soit clarifiée.

3. 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.

Cette option est déjà applicable à droit constant. Orange souhaite simplement rappeler que pour appliquer les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles aux opérations de concentration ne remplissant pas les seuils, l'ADLC devra respecter strictement les conditions issues de la jurisprudence pour mobiliser les articles 101 et 102 TFUE.

Il ne serait pas acceptable d'exposer les entreprises, après la réalisation d'une acquisition, à de lourdes sanctions pour entente ou abus de position dominante, alors qu'en principe, une opération de concentration ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle, sauf si les critères des articles 101 ou 102 TFUE, appliqués strictement, sont remplis.

S'agissant plus particulièrement de l'article 102 TFUE, qui est plus naturellement l'article qui a vocation à s'appliquer, Orange souhaite rappeler qu'en soit une position dominante ou un renforcement de position dominante n'est pas problématique.

En effet, le projet de la Commission européenne des nouvelles lignes directrices sur l'application de l'Article 102 rappelle justement que l'article 102 TFUE n'empêche pas une entreprise d'acquérir une position dominante par ses propres mérites et permet à une entreprise dominante de prendre des mesures raisonnables et proportionnées qu'elle juge appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux.¹⁴

C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé la CJUE¹⁵ en indiquant que c'est à « *l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir 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* ».

Conclusion : Il ne faut pas minimiser la portée de ce contrôle ex post, qui suppose la détention d'une position dominante et la preuve d'un abus réel constituant une entrave substantielle à la concurrence, en considérant qu'il serait possible de faire l'impasse sur une analyse rigoureuse de ce possible abus dans le cadre des concentrations.

¹⁴ Paragraphes 17 et 49 des lignes directrices

¹⁵ CJUE, C-449/21, 16 mars 2023, Towercast §52.



Comments of

TechFreedom

Bilal Sayyedⁱ

In the Matter of

*Public Consultation on the Introduction of a Merger Control Framework
for Addressing Below-Threshold Mergers Likely to Harm Competition*

(Autorité de la Concurrence, France)

February 20, 2025

ⁱ Bilal Sayyed is Senior Competition Counsel of TechFreedom, a nonprofit, nonpartisan technology policy think tank. He was previously Director of the Office of Policy Planning at the United States Federal Trade Commission (April 2018–January 2021). He can be reached at bsayyed@techfreedom.org.

TABLE OF CONTENTS

Introduction.....	1
I. Summary of Consultation’s Proposals	2
II. The Proposed Notification Triggers Are Not Sufficiently Tailored to Avoid Either Over- or Under-Reporting.....	3
III. Recommendations For More Targeted Metrics for Triggering a Filing Requirement (or Call-In Right)	7
IV. Conclusion.....	10

INTRODUCTION

TechFreedom¹ welcomes the opportunity to participate in the Autorité de la Concurrence’s (“Authority”) “public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition”² (“Consultation”).

The Consultation proposes two options with significantly different jurisdictional triggers for notice of an otherwise non-reportable transaction, and a third option of ex-post enforcement of violations of competition law against the surviving party to a merger, if warranted. The Consultation appears to be a reaction to: (i) a concern that certain transactions not subject to mandatory notification are consummated prior to identifying likely or actual

¹ Founded in 2010, TechFreedom is a nonprofit, nonpartisan think tank based in the United States dedicated to promoting the progress of technology that improves the human condition. To this end, we seek to advance public policy that makes experimentation, entrepreneurship, and investment possible, and thus unleashes the ultimate resource: human ingenuity. Wherever possible, we seek to empower users to make their own choices online and elsewhere.

Bilal Sayyed, the primary drafter of this comment, has over twenty years of practical experience with the U.S. premerger notification regime, including experience in private practice counseling clients and as an employee of the U.S. Federal Trade Commission. As Director of the FTC’s Office of Policy Planning from May 2018 through January 2021, he initiated a study of the non-reportable acquisitions of certain large technology firms. See *FTC To Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies* (Feb. 11, 2020), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>. He left the FTC prior to the study’s release in September 2021. See *Federal Trade Commission, Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019* (September 2021) (hereinafter “Report” or “FTC Report”), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/non-hsr-reported-acquisitions-select-technology-platforms-2010-2019-ftc-study/p201201technologyplatformstudy2021.pdf>. The “Special Order” for information and documents issued to the companies subject to the study are publicly available. See *Order to File Special Report* (Feb. 11, 2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/6b-orders-file-special-reports-technology-platform-companies/6b_platform_study_sample_order.pdf.

² Autorité de la Concurrence, Public Consultation on the Introduction of a Merger Control Framework for Addressing Below-Threshold Mergers Likely to Harm Competition (Jan. 14, 2025) (hereinafter “Consultation”), https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2025-01/2025.01.14_Consultation%20publique%20concentrations%20sous%20les%20seuils_ENG.pdf.

Our comment uses the term “merger” throughout; it includes transactions that are not mergers but that transfer control of one entity to another, and includes transactions that might otherwise be described as an acquisition, a combination, joint venture, etc. Transactions that do not transfer control but that provide the acquiring entity with decisive influence over another are not mergers, but are otherwise referenced in the comment.

anticompetitive effects;³ and/or (ii) limitations in the ability to refer a non-notifiable transaction to the European Commission.

Neither option is closely tailored to capture transactions already not notifiable under existing law that may raise competitive concerns. This comment proposes alternative notification criteria for the Authority to consider in designing its supplement to the current merger notification regime. In addition, consideration should be given to including transactions that result in an acquiring firm obtaining “decisive influence” over another entity, minority investments, and of the acquisition of assets sufficient to constitute a business.⁴ Appropriate exemptions or threshold requirements can be adopted such that ordinary course acquisitions of assets or voting securities are not captured by the supplemental notification regime under consideration.

I. Summary of Consultation’s Proposals

Option One of the Consultation proposes the Authority be granted the right to “call-in” a transaction for review where the transaction meets certain quantitative and qualitative criteria: (i) the parties’ meet some required cumulative turnover in France and (ii) the transaction threatens to significantly affect competition in France.⁵ The call-in power would be limited as to time, with the order to notify sent no later than a limited time after the consummation of the transaction (and could be sent prior to consummation).⁶

Option Two of the Consultation proposes the addition of a new mandatory notification requirement for transactions where at least one party to the transaction: (i)(a) had a prior merger (or similar transaction) prohibited by the Authority or European Commission; or (b) entered into commitments with the Authority or European Commission for clearance of a merger (or similar transaction); or (ii) was subject to a fine or commitments with respect to a finding of anticompetitive conduct under Article 102 TFEU or Article L. 420-2 of the French Commercial Code; or (iii) has been designated a gatekeeper by the European Commission

³ These concerns are discussed in recent reports of the Authority. See, e.g., Autorité de la Concurrence, Opinion 23-A-08, *On Competition in the Cloud Sector* (June 29, 2023) at 157-163, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2023-09/23a08_EN.pdf.

⁴ These concerns are discussed in recent reports of the Authority. See, e.g., Autorité de la Concurrence, Opinion 24-A-05, *On the Competitive Functioning of the Generative Artificial Intelligence Sector* (June 28, 2024) at 74-81, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/2024-09/24a05_eng.pdf.

⁵ Consultation, at 3-4.

⁶ The Consultation does not indicate whether transactions subject to call-in would be required to suspend closing of the transaction during a review, or whether the parties would be required to agree to a hold-separate or standstill agreement if the transaction has been consummated but is then “called-in.”

under the Digital Markets Act.⁷ Some connection with France or French territory would be necessary to trigger mandatory notification.

Option Three of the Consultation proposes no change to the current notification scheme, but merely clarifies that transactions not notified to the Authority remain subject to enforcement of French and European Commission law prohibiting anticompetitive practices, after consummation of the merger.⁸ This comment takes no position on Option 3, except to note that it seems insufficient to the task of preventing anticompetitive transactions prior to their consummation, and may facilitate only incomplete remedies of the negative effects of such transactions with post-consummation enforcement.

II. The Proposed Notification Triggers Are Not Sufficiently Tailored to Avoid Either Over- or Under-Reporting

The purpose of the Consultation is to supplement the reach of an already existing merger regime, not to establish a comprehensive merger notification regime. France's existing merger notification law⁹ is overinclusive; it requires filings for many transactions that are unlikely to raise even the specter of competitive concerns. As the Authority recognizes, it is also underinclusive. Both are a common feature of all merger notification regimes.¹⁰ Because the Authority contemplates extending rather than redrafting the existing merger law, the Authority should not adopt overinclusive triggers as it attempts to address the underinclusive aspects of the current law.

A merger notification regime, whether mandatory, voluntary, or a hybrid, must balance a few considerations. It should avoid being overinclusive because that may waste resources of both the parties and the competition agency and delay consummation of otherwise

⁷ Consultation at 4-5. By the proposal's terms, a company that was previously but not currently designated a gatekeeper appears to be captured. It is unclear if this is intended. Long-ago matters falling into categories (i) and (ii) would not likely trigger a filing requirement.

⁸ Consultation, at 5.

⁹ France's merger notification provisions are codified at Article L. 430-2 of the French Commercial Code (national merger control) and Article 3 of the Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 (defining thresholds for mergers notified to the European Commission).

¹⁰ Exemptions can be used to temper the over-inclusiveness of jurisdictional thresholds. For example, the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act ("HSR Act"), the U.S. law setting forth the basic jurisdictional tests for pre-merger notification, contains significant exemptions. See 15 U.S.C. § 18a(c), <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section18a&edition=prelim>.

The rules implementing the HSR Act incorporate those exemptions and adopt additional exemptions. See 16 C.F.R. § 802, <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-802>.

competitively neutral or procompetitive transactions. Overinclusive notification schemes can also have congestion effects, where the competition agency misses potentially harmful transactions because it must review too many filings and cannot efficiently separate those that raise concerns from those that do not. Notification regimes with size-of-transaction or size-of-person threshold requirements are underinclusive; they are likely to miss transactions that are anticompetitive but fail to meet the notification requirements. If such transactions are otherwise brought to the attention of the competition agency, investigations often proceed without the procedural protections of the pre-merger notification regime, unless separately negotiated with the parties. Notification thresholds or “triggers” should allow businesses to determine with very significant certainty whether a transaction must be notified. In theory, notification thresholds should be tied to likelihood of substantive concerns, but such factors are varied and difficult to collapse into one or two jurisdictional requirements. In practice, most common metrics are likely to be both over- and under-inclusive; they may also be subjective and create some uncertainty around merger notification requirements.

Transaction value is unlikely to be closely related to likelihood of anticompetitive effects,¹¹ although larger transactions may be associated with a higher magnitude of anticompetitive effects because they may involve larger firms or larger markets. Notification thresholds based on transaction value may raise uncertainty; for some transactions, perhaps especially those involving new firms or firms selling new or not-as-yet-commercialized products, the transaction value is unknown because consideration may be tied to post-merger performance metrics.¹²

Notification thresholds based on global or local turnover (revenue) or assets are unlikely to be closely related to the likely competitive effect of a transaction, and are significantly likely to under-identify potentially anticompetitive transactions involving nascent competitors or future competition from non-incumbent firms. They may also be over- or under-inclusive, depending on whether the triggering value is too low or too high.

¹¹ The jurisdictional threshold for the U.S. premerger notification regime is based on the size of the transaction, and, in some instances, the size of the parties to the transaction. See 15 U.S.C. § 18a(a)(1),(2). The Rules governing implementation of the HSR Act are set forth at 16 C.F.R. § 801-803, <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H>.

¹² The U.S. practice in such situations is to require the acquiring person (or its designee) to do a fair market valuation of the transaction, and that valuation determines reporting responsibilities. See 16 C.F.R. § 801.10 (Value of Voting Securities, Non-Corporate Interests, or Assets to be Acquired).

Notification thresholds based on market share, aggregated market share, or changes in market share are more likely to be associated with potential competitive effects, but market definition is sometimes difficult, and neither exact (although it could be tied to prior European Commission or Authority market definition determinations) nor stable. Market definition, especially where no prior guidance exists, is sometimes subjective; decisions made in good faith may lead to disputes between the Authority and merging parties and may lead to a party's inadvertent failure to comply with a merger notification requirement.

Information necessary to calculate market share may not be available, or may be incomplete or require significant speculation, and parties acting in good faith may make mistakes, potentially resulting in an inadvertent failure to comply with notification requirements. Market share thresholds are also less useful for identifying anticompetitive effects in non-horizontal transactions, or transactions involving nascent or future competition from non-incumbent firms, although individual (non-aggregate) market share requirements for each party in a non-horizontal relationship can help identify transactions that may raise competitive concerns.¹³

Notification requirements based on participation in an allegedly anticompetitive merger (in the near or not-so-near past) are unlikely to be related to the competitive effects of a new transaction unless the transaction is occurring in the same relevant market as the past anticompetitive transaction. Such requirements are likely to miss transactions, particularly in dynamic or developing markets. Requirements based on participation in *past* anticompetitive conduct may capture firms with a past propensity to engage in anticompetitive conduct (including anticompetitive transactions), but the relationship between past price fixing (for example) and acquisitions of significant competitors seems likely to be quite weak. Both triggers are undoubtedly underinclusive of parties who may, in the future, propose a merger that may raise competitive concerns.

¹³ The combination of firms in a non-horizontal relationship where each have relatively low market shares in the relevant and related markets is unlikely to create or enhance either or both of the incentive and ability of the combined firm to foreclose competitors of the combined firm in upstream or downstream markets. See U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, VERTICAL MERGER GUIDELINES (2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf (replaced by U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, MERGER GUIDELINES (2023), https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf). The primary author of this comment participated in the drafting of the 2020 Vertical Merger Guidelines.

Gatekeeper firms may have market power in one or more relevant markets; requiring notification of all transactions by such firms may still be overinclusive, as it is unlikely that even most such transactions will raise competitive concerns.¹⁴ Requiring that gatekeeper firms provide notice and observe a waiting period for all acquisitions will unnecessarily delay transactions that are procompetitive.¹⁵ The overinclusive effect may be limited because of the relatively small number of gatekeepers, but historically the firms presently designated as such engage in a significant number of transactions (although not all or even many may have a direct nexus to France).

A “call-in” regime may allow the Authority to limit over-inclusiveness and better focus its review on those transactions more likely to raise competitive concerns, yet it may not provide sufficient certainty for businesses planning their transactions. Where the regime contemplates both pre- and post-consummation call-in, the Authority’s investigation may be hampered by a lack of procedural protections, such as suspension of the transaction pending approval, unless separately negotiated with the merging parties or the surviving entity. The combined firm bears the significant uncertainty of potentially having to unwind a transaction. A call-in regime allows for significant flexibility for the regulator – to investigate and challenge/unwind those transactions that catch its interest – but at the expense of certainty for businesses. A mandatory regime may be over- or under-inclusive but also

¹⁴ Although designed to allow the Commission to consider whether the series of acquisitions studied in the FTC’s Report on non-reportable acquisitions by select technology platforms (each of which has subsequently been designated a gatekeeper under the DMA) were reasonably likely to raise competitive concerns, the Report, in its final form, did not do so. However, a review of the FTC Report should indicate to the reader that many, perhaps most, of the 819 transactions reviewed were unlikely to raise competitive concerns.

¹⁵ It may also unnecessarily delay transactions among gatekeepers that are procompetitive. Digital platform markets often have or create and benefit from economies of scale. Such markets may be most efficiently organized with just a few large operators. Acquisitions of competing platforms or assets used to create, operate, or expand platforms may increase the volume of business flowing through a platform and may allow the platform to benefit from scale economies and become a lower cost or otherwise more efficient competitor. Increasing scale or increasing scope of products or services through merger can create efficiencies. Vertical integration—which can occur via merger – may appear to be restrictive, but also can offer procompetitive benefits. Transactions that facilitate vertical integration can *improve* competition by, for example, reducing transaction costs, eliminating double marginalization, and otherwise aligning companies’ incentives in a way that benefits consumers. Acquisitions of nascent or future competitors can lead to more certain or earlier distribution of new products, new features, or new capabilities.

better reduce the possibility of an anticompetitive merger being consummated without review.

III. Recommendations For More Targeted Metrics for Triggering a Filing Requirement (or Call-In Right)

The Consultation does not identify the category of transactions that are not presently notified but that the Authority believes should be notified because they may be anticompetitive. Such transactions likely fall into three categories¹⁶:

1. the complete or partial combination of two (or more) of a few present horizontal competitors, likely operating in small or nascent markets (as measured by revenue), or involving one or more firms that can be described as a “nascent” competitor;
2. the complete or partial combination of two (or more) firms where one or more are small, nascent, or future competitors in the same present or future market (which may be small or large); or,
3. the complete or partial combination of two or more firms operating in a non-horizontal relationship where one or more firms have a significant position in their respective market(s).

Alternatives to the proposed jurisdictional triggers of both Option 1 and Option 2 will better support the Authority’s objectives. The supplemental merger notification regime under consideration should be limited to requiring pre-consummation notice (or allowing call-in) of transactions that fulfill one of the following conditions:

- (i) **Horizontal Combination of Present Competitors:** An acquisition of more than a de-minimis percentage of voting securities¹⁷ of one entity by another entity, or an acquisition of substantial assets¹⁸ of one entity by another entity, or a

¹⁶ These concerns are discussed in recent reports of the Authority with regards to specific industries. *See, e.g.,* Autorité de la Concurrence, Opinion 24-A-05, *On the Competitive Functioning of the Generative Artificial Intelligence Sector* (June 28, 2024), https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/2024-09/24a05_eng.pdf; Autorité de la Concurrence, Opinion 23-A-08, *On Competition in the Cloud Sector* (June 29, 2023), https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2023-09/23a08_EN.pdf.

¹⁷ Fixing the percentage of voting securities acquired that triggers notification may be an objective standard that implements an otherwise potentially subjective “decisive influence” standard. References to voting securities should be understood to include partnership interests and similar interests of entities that do not issue voting securities, or that grant influence or control rights.

¹⁸ The grant or acquisition of an exclusive right to the use of intellectual property, exclusive even to a field of use or limited geographic area, may be considered the acquisition of an asset.

combination of two or more firms, directly or through the formation of a new entity, is reportable (or subject to a call-in right):

- a. where at least two of the parties to the transaction earn more than a de-minimis level of revenue¹⁹ within France or French territory in,
- b. either
 - i. the same relevant market (where such a market has been defined in a merger or non-merger decision of the Authority or European Commission) or
 - ii. the same line of business, where a line of business is defined by a pre-existing common national or international categorization system (as subject to periodic modification) as pre-identified by the Authority or European Commission²⁰ or,
 - iii. through the sale or licensing of intellectual property designated as a standard or essential by a national, international or European standard setting body.²¹

- (ii) **Non-Horizontal Combination:** An acquisition of more than a de-minimis percentage of voting securities of one entity by another entity, or an acquisition of substantial assets of one entity by another entity, or a combination of two or more firms, directly or through the formation of a new entity, is reportable (or subject to a call-in right):

¹⁹ Revenue thresholds that exceed a de-minimis level of revenue should be defined with reference to economic conditions within France or French territory. They could be substantially below the general (non-sector specific) revenue thresholds set out in Article L. 430-2 of the French Commercial Code (national merger control) and Article 3 of the EC Merger Regulation.

²⁰ TechFreedom proposed a similar categorization in its response to the U.S. Federal Trade Commission's proposed revisions to the U.S. Premerger Notification Form. See Comments of Bilal Sayyed in the Matter of Proposed Changes to the HSR Notice and Reporting Form (Sept. 27, 2023) at 8-11, <https://techfreedom.org/wp-content/uploads/2023/09/Proposed-HSR-Form-Changes.pdf>. A version of the recommendation was adopted. The U.S. Premerger Notification Form requires filing parties to report revenues within business lines defined in the North American Industry Classification System ("NAICS codes") used by the U.S. Census Bureau. While NAICS codes are often not equivalent to antitrust markets, they are useful in identifying overlapping business operations. Listings and descriptions of NAICS codes are available at the website of the U.S. Census Bureau, <https://www.census.gov/naics/>. There is some subjectivity to identifying the lines of business an entity operates in; guidance on how parties should address this can be provided by the Authority or some standard of care can be required. Note that it would not be unusual for a firm to operate in multiple lines of business.

²¹ A standard setting body can be a private or public entity.

- a. where at least two parties to the transaction earn more than a de-minimis level of revenue within France or French territory, and
 - b. at least one party to the transaction is a significant²² supplier or provider of one or more products, services, and/or technologies, or a licensor of intellectual property designated as a standard or essential by a national, international or European standard setting body:
 - i. to at least one other party to the transaction,
 - ii. for, or related to, operations occurring in France or French territory, at any time within the past two years.²³
- (iii) **Combination of Non-Incumbent with Present Competitor or Two Non-Incumbent Firms:** An acquisition of more than a de-minimis percentage of voting securities of one entity by another entity, or an acquisition of substantial assets of one entity by another entity, or a combination of two or more firms, directly or through the formation of a new entity, is reportable (or subject to a call-in right):
- a. where at least one party to the transaction earns more than a de-minimis level of revenue within France or French territory and
 - b. two or more parties to the transaction each project earnings or revenue in France or French territory greater than a de-minimis amount within a relevant period²⁴,

²² “Significant” supplier can be identified by reference to a specific value of total commerce/sales or, in the case of intellectual property, licensing or royalty revenue, e.g., €10,000,000.

²³ TechFreedom proposed a similar categorization in its response to the U.S. Federal Trade Commission’s proposed revisions to the U.S. Premerger Notification Form. See Comments of Bilal Sayyed in the Matter of Proposed Changes to the HSR Notice and Reporting Form (Sept. 27, 2023) at 8-11, <https://techfreedom.org/wp-content/uploads/2023/09/Proposed-HSR-Form-Changes.pdf>. A version of the recommendation was adopted. The FTC has challenged transactions combining competing or complementary technologies. See Bilal Sayyed, *Non-Price Effects in Mergers: Examples from Federal Trade Commission Enforcement, 1992-2023*, CPI Antitrust Chronicle (Jan. 2024) (discussing technology markets at 6-8), <https://www.pymnts.com/wp-content/uploads/2024/01/2-NON-PRICE-EFFECTS-IN-MERGERS-EXAMPLES-FROM-FEDERAL-TRADE-COMMISSION-ENFORCEMENT-1992-2023-Bilal-Sayyed.pdf>. The FTC has also alleged technology markets in non-merger cases. See Bilal Sayyed, *Actual Potential Entrants, Emerging Competitors, and the Merger Guidelines, Examples from FTC Enforcement, 1993-2022* (Draft Working Paper) (Dec. 2022) at 43-44, <https://techfreedom.org/wp-content/uploads/2022/12/Actual-Potential-Entrants-Nascent-Competitors-and-the-Merger-Guidelines-Examples-from-FTC-Enforcemen.pdf>.

²⁴ A relevant period could be one-two years prior to and including the year the transaction was signed, and /or projections covering one-two years after the year the transaction was signed. Longer periods may also be appropriate.

- i. in the same relevant antitrust market or
 - ii. in the same line of business or,
 - iii. in a class of intellectual property designated as a standard or essential by a national, international or European standard setting body,
- c. as indicated in documents submitted to, or briefings provided to, any of each of the firms' investors, officers, board of directors, or to a state, national or supranational governmental authority, or through a prospectus or offering on a national or European-wide securities exchange.

We also suggest that the Authority require identification, in the merger notification filing, of previous acquisitions of voting securities and assets occurring in the same relevant market (or line of business), same related market(s) (for non-horizontal transactions), and of any acquisitions of an exclusive right to the use of intellectual property, as the transaction notified (or subject to call-in) pursuant to these categories of transactions. This reporting obligation may be limited to reporting of transactions occurring in a 3–5-year period prior to the transaction being notified.

IV. Conclusion

Pre-merger notification and waiting period requirements are intended to give the reviewing competition agency the opportunity to identify potentially anticompetitive mergers. The optimal notification regime would require filings for only those transactions likely (or certain) to raise competitive concerns. But such a regime would be hard to design *ex ante*. Jurisdictional triggers based on transaction size and / or party size, are likely to require filings for many transactions that raise no competitive concerns and are likely not to require filings for at least some transactions that do raise competitive concerns, particularly but not exclusively transactions that involve one or more non-incumbent firms.

Here, the Authority is considering a supplemental notification regime for transactions presently not subject to notification. It should attempt to design with a scalpel, not a net. The Authority's proposals, while not fully fleshed out, will scoop too broadly yet also continue to miss potentially anticompetitive transactions involving small firms and newly formed firms operating in small, nascent, or future markets. Such firms, or transactions involving such firms, often do not meet size-of-person, size-of-transaction, size-of-market or market share notification thresholds. The Authority should attempt to design its supplemental notification regime by adopting criteria more closely related to current or future competitive relationships between combining firms, or that would allow the partial or full exclusion of competitors from relevant or related markets. The Authority should also extend reporting obligations to partial acquisitions and asset acquisitions.

Date: February 20, 2025.

Respectfully submitted,

_____/s/____

Bilal Sayyed

Senior Competition Counsel

TechFreedom

bsayyed@techfreedom.org

1500 K Street NW

Floor 2

Washington, DC 20005

TOWARDS A MERGER CONTROL FRAMEWORK FOR ADDRESSING LIKELY HARMFUL BELOW-THRESHOLD MERGERS

Response to the Public Consultation of the Autorité de la Concurrence on Possible Options to Close the Merger Enforcement Gap in France

*Dr Anna Tzanaki**

Introduction

- Merger control in the EU is in a state of transformation. Both the European Commission and several Member States have considered recalibrating their approach to merger control¹ in response to recent scholarship on “killer acquisitions” that were shown to escape regulatory scrutiny.²
- Concerns regarding likely harmful below-threshold mergers concentrate on dynamic industries. In innovation-driven markets, the turnover of innovative target companies (startups) may be limited at the time of the merger even though they hold significant competitive potential. In addition, innovation is an important parameter of competition and EU competitiveness.³
- These concerns are particularly serious for merger control regimes that rely almost exclusively on ex ante mandatory notification thresholds such as the French or the EU system. An expansive approach to Article 22 of the EU Merger Regulation (EUMR) that would allow case referrals from non-competent Member States such as France to the

* Lecturer in Law, University of Leeds; Affiliate Fellow, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business; Senior Research Fellow, UCL Centre of Law, Economics & Society; Affiliated Scholar, Dynamic Competition Initiative. Email: a.tzanaki@leeds.ac.uk.

¹ Anna Tzanaki, *Dynamism and Politics in EU Merger Control: The Perils and Promise of a Killer Acquisitions Solution Through a Law & Economics Lens*, ANTITRUST LAW JOURNAL (forthcoming).

² Colleen Cunningham, Florian Ederer & Song Ma, *Killer Acquisitions*, 129 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 649.

³ President von Leyen’s Political Guidelines for the Next European Commission 2024-2029; Mario Draghi, *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*, Part B – In-depth analysis and recommendations (2024).

Commission was considered a practical solution to the legal constraints posed by such turnover-based systems of merger control.⁴

- However, the Court of Justice of the EU (CJEU)’s judgment in *Illumina/ Grail* curtailed the ability of Article 22 EUMR referrals from Member States to the Commission for mergers that fall outside national competence.⁵ In response, the case for revisiting national and EU legislation and policy in regard to below-threshold mergers has gained prominence across the EU.⁶
- Against this backdrop, the Autorité’s initiative to explore ways to close this enforcement gap to ensure the effectiveness of merger control and rebalance it against the importance of legal certainty for companies is welcome.
- The observations below address two issues: (i) the merits of the three options put forward by the Autorité from a substantive point of view when considering a potential reform of French merger control; and (ii) the broader EU context within which such reform may take place and important institutional considerations that need to also be taken into account.

Assessment of Options for Merger Control Reform in France

I. Option 1: A new call-in power based on quantitative and qualitative criteria

- This option could most effectively and comprehensively close the perceived enforcement gap in France. If designed appropriately, it has the potential not only to reverse any systematic underenforcement vis-à-vis below-threshold transactions but also to improve the deterrence effects of French merger control.⁷
- A move from a fixed jurisdictional regime based solely on ex ante notification and turnover thresholds to one with a flexible ad hoc power for ex post intervention could have several advantages. The possibility of ex post enforcement could rationalise business incentives and reduce their incentive to propose likely anticompetitive mergers that fall just below the

⁴ Autorité de la concurrence, Public consultation on the introduction of a merger control framework for addressing below-threshold mergers likely to harm competition, January 14, 2025: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/public-consultation-introduction-merger-control-framework-addressing-below-threshold>.

⁵ Joined Cases C-611/22 P and C-625/22 P *Illumina v Commission* and *Grail v Commission*, Judgment of 3 September 2024, ECLI:EU:C:2024:677.

⁶ Anna Tzanaki, *Illumina’s Light on Article 22 EUMR: The Suspended Step and Uncertain Future of EU Merger Control Over Below-Threshold “Killer” Mergers*, CPI ANTITRUST CHRONICLE DECEMBER 2024 (2024).

⁷ Paolo Buccirossi et al., *Deterrence in Competition Law*, Volume 4 in *THE ANALYSIS OF COMPETITION POLICY AND SECTORAL REGULATION* 423 (Martin Peitz & Yossi Spiegel eds., 2014); George J. Stigler, *The Economic Effects of the Antitrust Laws*, 9 THE JOURNAL OF LAW & ECONOMICS 225.

applicable notification thresholds.⁸ Likely competition harm could be either prevented or remedied ex post.

- Such a regime may better target potentially harmful below-threshold transactions on a case-by-case basis. As such, it need not overdeter transactions that are harmless or beneficial for society and overburden competition authorities and merging parties with unnecessary costs related to the merger review process.⁹
- For such “call-in” merger regime to be really targeted and effective, it is imperative that clear guidelines and limiting principles are carefully carved out and implemented. Clarity regarding the criteria and circumstances under which the new ex post review powers apply will minimise legal uncertainty and enhance business confidence as to the type of transactions that are likely to be subject to merger control enforcement.
- The Autorité’s proposed quantitative and qualitative criteria (time limits, merging parties’ cumulative turnover, significant effect on competition in France) are a useful starting point when considering how to shape the content of the guidance.¹⁰ The latter two criteria would need further elaboration.
- It is important to introduce clear jurisdictional indicators in the guidance that ensure that any reviewed transaction has a sufficient link (nexus) to France¹¹ (e.g. the merging companies having significant operations in its territory by reference to a specific metric such as turnover, customers etc.) and significant effects on competition in France (e.g. the merger having an impact on national or local markets) relative to other jurisdictions (e.g. a cross-border merger with impact across the EU or involving multiple Member States).¹²
- Ideally, mergers with national or local effects within the scope of the new “call-in” regime will be reviewed by French authorities under national law and those with cross-border or multijurisdictional impact could be referred to the Commission under Article 22 EUMR in light of its new reading post *Illumina/ Grail*. This would minimise jurisdictional uncertainty regarding below-threshold transactions and elucidate which authority is to assert jurisdiction in a given case.

⁸ Thomas G. Wollmann, *Stealth Consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act*, 1 AMERICAN ECONOMIC REVIEW: INSIGHTS 77 (2019).

⁹ Luke M. Froeb, Steven Tschantz & Gregory J. Werden, *Deterrence in Merger Review: Likely Effects of Recent U.S. Policy Changes*, CPI ANTITRUST CHRONICLE MAY 2024 (2024).

¹⁰ Autorité de la concurrence, Public consultation, *supra* note 4.

¹¹ Alec Burnside & Adam Kidane, *Double Dutch: Illumina/GRAIL, Article 22 and the General Court*, 8 COMPETITION LAW & POLICY DEBATE 140 (2024); OECD, *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*, Background Paper by the Secretariat (2016).

¹² Cf Tzanaki, *supra* note 1; Tzanaki, *supra* note 6.

- Shared competence over below-threshold mergers would thus operate on a principled basis. Such a principled approach to dividing merger competence in the EU could minimise or avoid negative side effects from several Member States regulating below-threshold transactions, and competing to review them or potentially some of them referring cases to the EU level for review at their and the Commission's discretion.
- Expansion of EU competence below the EUMR turnover thresholds, through the Article 22 EUMR referral mechanism relying on national competence, could be justified and applied by reference to objective and predictable criteria. Thus, the transition from a fixed "zero-sum" allocation of *exclusive* merger competences between the EU (above EUMR thresholds) and Member States (below EUMR thresholds) to a flexible regime of "non-zero-sum" competence allocation with *concurrent* EU and national competences (below EUMR thresholds) could be managed constructively.¹³
- Cooperation among competition authorities and coordination of enforcement efforts based on a clear, principled framework could help address unintended consequences of such transition or even lead to mutually beneficial outcomes. Fragmentation of the internal market, proliferation of merger review procedures and costs and prisoners' dilemma situations could be avoided. The transformed ("non-zero-sum") merger competence allocation in the EU has the potential to be turned into a "positive-sum" game.¹⁴
- Expansion of national competence by means of discretionary ex post "call-in" powers would not need to lead to arbitrary enforcement, negative externalities or allow strategic or political considerations to enter EU or national merger control through the back door.¹⁵ Clear substantive and jurisdictional criteria incorporated in guidelines will ensure that the principles of legal certainty, predictability and cooperation are abided by. This would promote accountability of competition agencies and transparency of their enforcement activities and decisions.¹⁶
- Expansion of French merger control together with guidelines following this model could act as a catalyst and precipitate further constructive changes both at EU and national level.

II. Option 2: A new mandatory notification threshold based on a prior decision by the Autorité or the European Commission under merger control (prohibition or

¹³ Tzanaki, *supra* note 1.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ DAMIEN NEVEN, ROBIN NUTTALL & PAUL SEABRIGHT, *MERGER IN DAYLIGHT: THE ECONOMICS AND POLITICS OF EUROPEAN MERGER CONTROL* 79 (1993).

conditional clearance), abuse of dominance rules (fine or commitments) or the Digital Markets Act (designation as gatekeeper)

- This option suggests a sophisticated regime of ex ante notification that has certain appeal and advantages. Key favorable features of such regime would be its relative simplicity, ease of application and predictability. Prior enforcement decisions by the French or EU authorities relating to the application of specific rules offer an objective criterion for triggering notification. Accordingly, ex ante legal certainty is provided to business and competition harm is prevented for cases that fall within the scope of such regime.
- The main drawback of such notification regime, no matter how sophisticated, is its inevitably rigid nature. The threshold upon which notification is based may be objective but need not be accurate in targeting only likely harmful below-threshold transactions.¹⁷
- Such regime will thus be over- or under-inclusive. Transactions will be notified that may not merit regulatory scrutiny. This entails unnecessary compliance and deterrence costs for regulated companies.¹⁸
- Presumably such companies pose a higher risk of being involved in anticompetitive mergers. However, it is not clear why all companies that have been subject to a non-favorable enforcement decision under merger or abuse of dominance rules should be subject to a special prophylactic regime of merger control. It is equally unclear why an EU enforcement decision should serve as the basis for a national merger filing obligation.
- A sector-specific approach to regulating below-threshold mergers has a potentially stronger justification as “killer acquisitions” may be a more frequent and likely harmful phenomenon in dynamic industries.¹⁹ What needs to be carefully balanced is whether the benefits of a mandatory notification obligation for mergers involving companies designated as gatekeeper under the Digital Markets Act (DMA) would justify the costs.
- Unlike the simpler reporting obligation applying to all gatekeepers’ mergers under Article 14 of the DMA that facilitates transparency and allows competition authorities to screen and target suspect harmful transactions, a mandatory notification regime entails significant more costs for all companies captured within its scope.

¹⁷ Rachel Brandenburger, Logan Breed and Falk Schöning, *Merger Control Revisited: Are Antitrust Authorities Investigating the Right Deals?*, 31(2) ANTITRUST 28 (2017).

¹⁸ Froeb, Tschantz, and Werden, *supra* note 9.

¹⁹ For a literature review, see Tzanaki, *supra* note 1.

- A mandatory notification regime may not only regulate “too much” but also “too little”. Cases below the newly proposed threshold would still escape merger review and there will be gaps remaining in French merger control.
- Interestingly, this option could create tensions with other competent Member States that may wish to refer cases falling within the new French mandatory notification regime to the Commission for review at EU level under Article 22 EUMR. For cases involving cross-border or multijurisdictional mergers, this could be a serious issue.
- The *Meta/Kustomer* merger provides an illustration of this scenario from actual practice. Due to the applicability of its new transaction value threshold, the Bundeskartellamt did not join on time the request for referral of the merger by 10 other Member States to the Commission.²⁰ This disallowed a one-stop-shop review of the merger at EU level despite its arguably weak link to Germany and the affected markets being wider than national.²¹
- The result could be multiple merger review procedures even when not clearly justified. Or worse, legal and political conflicts could arise. The major risk with this option is introducing a heavy-handed regulatory approach to below-threshold mergers at national level that is too broad.
- On the other hand, the objective indicators upon which mandatory notification would be based under option 2 (certain prior enforcement decisions) could be integrated as relevant qualitative criteria in the guidelines to be developed for ad hoc ex post enforcement under option 1 above. Alternatively, a lighter-touch transparency regime for below-threshold mergers based on these criteria could be considered under option 2.

III. Option 3: Enforcement of EU antitrust rules (Articles 101 and 102 TFEU) and their national equivalents

- This is a valuable enforcement option in the hands of the Autorité. Its key advantage is that it requires no legislative change: the CJEU’s *Towercast* judgment made clear that EU antitrust rules are enforceable in merger cases.²² Rather a change of enforcement

²⁰ Bundeskartellamt considers *Meta/Kustomer* merger to be subject to notification, December 9, 2021: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/09_12_2021_Meta_Kustomer.html.

²¹ Kaan Gürer and Dorothee de Crozals, *Facebook/Kustomer – Germany’s attack on the EU’s One-Stop-Shop principle in merger control?*, August 5, 2021: <https://techinsights.linklaters.com/post/102h49y/facebook-kustomer-germanys-attack-on-the-eus-one-stop-shop-principle-in-merge>; Marcel Nuys and Florian Huerkamp, *Düsseldorf Court clarifies transaction value threshold in Meta/Kustomer deal*, January 4, 2023: <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/crt/2023-01/dusseldorf-court-clarifies-transaction-value-threshold-in-meta-kustomer-deal>.

²² Case C-449/21 *Towercast*, Judgment of 16 March 2023, ECLI:EU:C:2023:207.

priorities,²³ preferably accompanied by clear guidance, would suffice to reactivate this tool and indicate in what cases and under what conditions it could be used.

- As a stand-alone option, ex post antitrust enforcement is limited in that it may leave enforcement gaps. For instance, the legal elements of “agreement” or “dominance” required under EU or national antitrust rules may not be satisfied in certain cases of below-threshold mergers. In comparison, ex post merger enforcement based on a “call-in” regime under option 1 above seems at least theoretically more encompassing and flexible.
- As a “back up” enforcement option, however, it could enhance the effectiveness of French merger control. Below-threshold mergers could be subject to antitrust enforcement after their implementation possibly based on more extensive time limits compared to option 1 above. The credible threat of antitrust enforcement could provide additional deterrence of likely harmful below-threshold mergers even if not actually used.²⁴ It could also help discipline Member States’ and Commission incentives to request and accept (or not) Article 22 referrals as appropriate.²⁵
- Effectively, the possibility of applying antitrust law to mergers below national thresholds could operate as an extension of the newly proposed discretionary ex post “call-in” power (option 1) or the new ex ante mandatory notification threshold based on certain prior enforcement decisions (option 2). This could enrich the competition law toolbox, rationalise business and enforcers’ incentives and further close enforcement gaps.
- Resort to antitrust rules as a means of merger enforcement should be dealt with care. This is because under the decentralised system of EU antitrust enforcement, all national competition authorities (NCAs) have broadly concurrent jurisdiction to apply antitrust law. The European Competition Network (ECN) has a key role within this institutional framework to coordinate antitrust enforcement, ensure convergence and allocate cases.²⁶

²³ The Autorité de la concurrence takes note of the Illumina/Graïl judgment by the Court of Justice of the European Union and remains committed to tackle mergers that may harm competition in innovative sectors, September 3, 2024: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-takes-note-illumina-grail-judgment-court-justice-european>; Meat-cutting sector: for the first time, the Autorité examines, under antitrust law, mergers below the national notification thresholds, and dismisses the case, May 15, 2024: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/meat-cutting-sector-first-time-autorite-examines-under-antitrust-law-mergers-below>.

²⁴ Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *Theory of Enforcement*, in PUBLIC LAW AND ECONOMICS (Robert Cooter & Michael Gilbert eds., 2022).

²⁵ Tzanaki, *supra* note 1.

²⁶ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1; Speech by EVP Margrethe Vestager at the EU Competition Day: “Competition and competitiveness in uncertain geopolitical times” (Brussels, April 26, 2024).

- To avoid jurisdictional conflicts, a similar approach to that outlined for option 1 above could be taken. Antitrust enforcement by NCAs could primarily target merger cases with national or local effects rather than cross-border or multijurisdictional impact. Accordingly, guidance should clarify that national antitrust enforcement is appropriate in cases of mergers with limited geographic scope and size of externalities.²⁷
- Unprincipled antitrust enforcement at national level – operating as a substitute for or a de facto “call-in” power for Member States that do not yet have it – could also lead to parallel proceedings, risk regulatory fragmentation and cost duplication when not called for.
- The European Commission could take the lead to streamline antitrust enforcement efforts when appropriate to minimise such concerns. Compared to EU merger control including the case referral system under the EUMR, it has a stronger institutional role in the EU antitrust enforcement context.²⁸
- The Commission could monitor and discipline any attempts by NCAs to “overenforce” antitrust rules against below-threshold mergers, either ex post or ex ante,²⁹ in cases where it may not be justified (e.g. cross-border or multijurisdictional mergers). It could also take and handle cross-border cases itself as the most appropriate authority.³⁰ Alternatively, close cooperation between NCAs with overlapping jurisdiction over certain merger cases or across borders (e.g. where one or more NCAs take the lead on behalf of others) may be fostered within the ECN.³¹
- With option 3 available, stronger cooperation and coordination is needed to ensure that national antitrust enforcement takes place in appropriate cases and circumstances.

²⁷ Tzanaki, *supra* note 1.

²⁸ Andreas Bardong, *Cooperation between National Competition Authorities in the EU in Multijurisdictional Merger Cases—the Best Practices of the EU Merger Working Group*, 3 JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 126 (2012); Principles on the application, by National Competition Authorities within the ECA, of Articles 4 (5) and 22 of the EC Merger Regulation, January 2005; Bruno Lasserre, *The European Competition Network*, 1 ITALIAN ANTITRUST REVIEW 11, 15 (2015).

²⁹ Press release N° 10/2023, The Belgian Competition Authority opens an ex officio investigation into a possible abuse of dominance by Proximus in the context of the takeover of edpnet, in application of the Towercast case law, March 22, 2023: <https://www.belgiancompetition.be/en/about-us/actualities/press-release-nr-10-2023>; and Press release N° 3/2025, The Belgian Competition Authority opens ex-ante proceedings into the possible anti-competitive effects of Dossche Mills’ proposed takeover of Ceres’ artisan flour business, January 22, 2025: <https://www.belgiancompetition.be/en/about-us/actualities/press-release-nr-3-2025>.

³⁰ Vestager speech, *supra* note 26.

³¹ Giorgio Monti, *Galvanising National Competition Authorities in the European Union*, in RECONCILING EFFICIENCY AND EQUITY (Damien Gerard & Ioannis Lianos eds., 1 ed. 2019).

Conclusion

- An important lesson to be drawn from *Illumina/Grail* and its aftermath is that any solution to killer acquisition concerns should be assessed not only on its merits in isolation but also in view of the broader institutional context within which it may operate in the EU. As national “call-in” powers may dovetail with Article 22 EUMR post *Illumina/Grail*, this is a key parameter to consider when deciding the type and shape of merger control reform in France.
- A targeted and multilayer approach may offer the most likely effective and efficient solution to regulating below-threshold mergers. In this light, option 1 in combination with option 3 that could activate ex ante and ex post enforcement based on new national “call in” powers and existing antitrust rules could bolster merger control enforcement. Flexible rules together with clear guidelines could ensure an expanded yet predictable regime of French merger control.
- In any event, stronger cooperation and coordination would be needed to effectively apply an expanded French merger control framework to below-threshold mergers and its smooth interaction with the EU or other national regimes.



February 13, 2025

Public Consultation on the Introduction of a Merger Control Framework for Addressing Below-threshold Mergers

The Chamber of Commerce of the United States of America (“Chamber”) is the largest business advocacy organization in the world, operating in over 50 countries to promote free enterprise and advance trade and investment, representing companies of every size and from every sector.

The Chamber is also a leading business voice on international competition policy. We support the International Competition Network and its principles of non-discrimination and procedural due process for all competitors in all jurisdictions. We regularly engage with competition agencies and policymakers around the globe on best practices and sound policy frameworks to promote trade, support economic growth, and foster innovation. Moreover, the Chamber is at the forefront of shaping digital economy policies globally, including data privacy, cross-border data flows, cybersecurity, digital trade, artificial intelligence, and e-commerce.

The Chamber is pleased to offer comments on the Autorité’s merger review consultation. As explained more fully below, we believe that France’s existing merger review system works well and question whether the consultation has laid out a persuasive case for change. Beyond that, and in keeping with the government’s finding that “legal certainty for companies” is central to an effective merger review framework, we have concerns that both Option 1 and Option 2 would reduce certainty for the business community, and that Option 2 would improperly target foreign companies, particularly U.S. companies. Instead, we believe that the Autorité could address its concerns through less burdensome approaches, such as Option 3, in order to maintain France’s status as an open place for business.

France’s Existing Merger Review System Is Sound

As decades of history have shown, mergers can benefit the market and the consumer by creating increases in product quality and decreases in price. Mergers can also eliminate barriers to entry and spur innovation by allowing smaller companies to obtain critical financing and technical expertise. Considering the economic benefits that mergers generate, they should generally be encouraged as a catalyst of market innovation.

In keeping with these principles, we respectfully question the premise of this consultation, which carries the risk of chilling procompetitive transactions, to the detriment of French consumers and businesses. Accordingly, we encourage the

government to think carefully about whether there is a genuine need to revise the Autorité's existing merger review framework.

Option 3 seems most consistent with maintaining a watchful eye to ensure consummated mergers do not result in harm to competition within France. It appropriately would limit the scope of action of the Autorité to the enforcement against anticompetitive practices that arise, following the implementation of a merger. On the basis on Articles 101 and 102, under the Treaty of Functioning of the European Union, the Autorité is empowered, after the merger's implementation and within the applicable limitation period, to bring an enforcement proceeding. An approach such as this one, has been endorsed by the European courts. Accordingly, Option 3 would not require any change to the legal framework currently applicable in France.

Legal Certainty and Predictability Are Critical to An Effective Competition Framework

The Chamber supports a policy that maintains France's existing competition framework and recommends alignment with the [Draghi Report's](#) advice to avoid "drastic changes". At most, adjustments should modestly refine the regulatory apparatus to accommodate the "evolving economic thinking of the digital age". As such, any proposed shifts in merger policy should be clear, objective, and predictable, ensuring companies have certainty about when to file and how long they can expect to wait for review.

Additionally, given the ECJ's clear statement in the *Illumina/Grail* case that the European Commission's previous interpretation of Article 22 "undermine[d] the effectiveness, predictability and legal certainty that must be guaranteed to the parties to a concentration," it is important that any revisions preserve the predictability and certainty of the French regime.

Unfortunately, both Options 1 and 2 introduce uncertainty into the process. Discretionary call-in powers, of course, necessarily introduce uncertainty. Via its terms, Option 1 would introduce both quantitative *and* qualitative criteria into France's merger control regime, namely allowing for review of unspecified mergers that "threaten to significantly affect competition on the French territory". The meaning of this is unclear. Similarly, Option 2 would tie mandatory notification to a designating as a gatekeeper by the European Commission under the Digital Markets Act (DMA), a process that itself has been fraught with uncertainty and criticism.

Indeed, the Chamber is **especially concerned** that Option 2, if operationalized, would target U.S. companies that have been the focus of the DMA. This proposal bears no relationship or relevance to the hypothetical policy concerns brought about by the *Illumina/Grail* transaction that served as the impetus for the consultation. Adoption on Option 2, therefore, has no sound basis for consideration. Targeting

specific companies for disparate treatment is antithetical to the proper role of competition enforcement.

To reduce uncertainty, any call-in powers should be cabined by very clear and objective criteria. A turnover threshold would fit this bill, but it should be based on the French turnover of each of the parties respectively, not their combined turnover. For companies that have a very big turnover in France, in particular larger foreign firms, almost any deal with a company that has even a de minimis amount of revenue in France would trip the threshold. This would result in deals that have limited or no nexus with France being subject to discretionary call-in.

As the proposal suggests, one way to mitigate this uncertainty is to apply a “nexus” requirement, which would align with the recommended best practices identified by the International Competition Network. This requirement would ensure that the examined transaction involves parties sufficiently engaged in the local economy to justify asserting jurisdictional authority over their decisions. However, the definition must be clear and narrowly cabined. The definitions of “nexus” used by other jurisdictions are often nebulous and broad. While this grants broad discretion to the relevant jurisdictional regulator, it considerably reduces predictability and certainty for the merging parties. Any definition of “nexus” must therefore be clearly defined and no broader than necessary to capture problematic deals. The creation of a consultation right may be helpful, but it must be able to provide certainty on a fast and defined timetable.

Finally, Option 1 and Option 2 are fraught with significant geopolitical risk. Both hold the potential to draw intense international scrutiny as Option 1 is likely to result in arbitrarily calling-in foreign transactions and the use of Option 2 would clearly target American companies. Globally, it is important that merger review remain jurisdictionally focused, guided by respect for international comity, and avoid extraterritorial application.

Policymakers in the United States are increasingly concerned with the treatment U.S. companies receive in foreign markets. Many European policies are under growing scrutiny for the uniquely and highly questionable impact they have on American businesses. Enforcement actions brought under Option 1 or any use of Option 2 would only serve to complicate trade relations and invite retaliation.

In the current economic and political climate, markets and market-participants need legal certainty and independence to unleash their innovative potential. However, instead of legal certainty and independence, the suggested changes of Option 1 and Option 2 would invite disruption and create new opportunities for questionable governmental intervention in markets. The proposed changes also threaten the time-honored principle of comity that has undergirded the international competition system for decades.

France Has Less Burdensome Means of Achieving its Goals

As we have explained, France should continue implementing its existing competition framework. Should you have concerns concerning whether the existing framework to address new developments in the market is adequate, the Chamber encourages the Autorité to embrace less disruptive alternatives, such as via interjurisdictional coordination and increasing the level of voluntary notification requests. Both options should allow the Autorité to evaluate more proposed transactions without the expense of burdening the overwhelming number of below-threshold transactions that raise no competitive concerns.

The Chamber thanks the Autorité for the opportunity to provide these comments. We would welcome further engagement with interested agencies and policymakers in the coming months.

Sincerely,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Sean Heather".

Sean Heather
Senior Vice President
International Regulatory Affairs
U.S. Chamber of Commerce

**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 Slovaquie). 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 Vestager 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.